This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

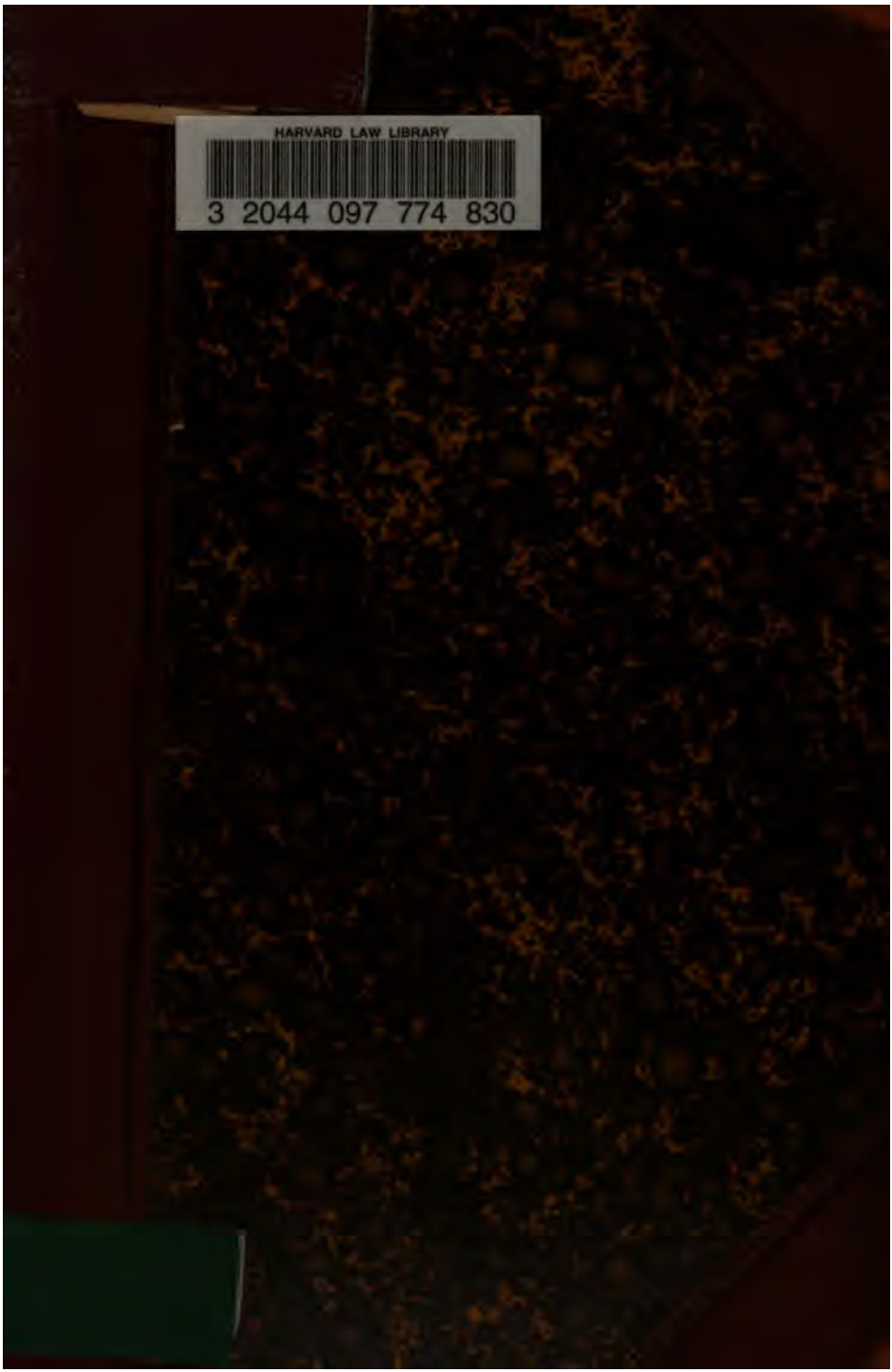
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 774 830

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Oct. 16, 1900.

Ueber die

justa causa bei der Tradition.

Versuch eines Beitrages

zur

Lehre des Eigenthums-Vertrages

nach Röm. Rechte

von

G. L. Strempel,
Sen. u. Adv. zu Wismar.

Wismar und Ludwigslust.
Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.
1856.

Rec. Oct. 16, 1900.

Ueber die justa causa bei der Tradition (Eigenthumsübertragung).

Schon lange von der Unrichtigkeit der jetzigen Lehre, daß zur Tradition, wenn man darunter die Eigenthumsübertragung durch Vertrag versteht, eine justa causa nothwendig sei, überzeugt, freute ich mich, diese meine Ansicht bei v. Savigny, dem Koryphäen unserer Wissenschaft, in dessen Obligationenrecht Bd. 2. §. 78., S. 254—261, bestätigt zu finden. Eben dieser Ausspruch giebt mir den Muth, auf den nachstehenden Blättern meine Ansicht schriftlich niederzulegen, ohne freilich einen Anspruch darauf zu machen, daß die Lehre hiemit genügend erörtert sein solle. Wenn auch Savigny l. c. seine Ansicht nicht ganz unbegründet gelassen, so geschah die Begründung doch nur beiläufig und daher nicht vollständig genug, deshalb wird denn die neue Lehre einer weiteren Begründung dennoch bedürfen, und daher diesen Versuch einer solchen derjenige nicht überflüssig finden, der da weiß, wie schwer eine fest eingewurzelte falsche Vorstellung der richtigen Einsicht auf dem Gebiete der Wissenschaft weicht, und wie leicht eine solche (überdies nur gelegentliche) richtige Aeußerung ohne Einfluß bleibt.

Wenden wir uns nunmehr zu der Sache selbst, so wird vorweg die Beantwortung zweier Vorfragen nothwendig, nämlich die nach der Bedeutung des Wortes traditio — Tradition —, so wie die nach der regelmäßigen Wirkung des Actes der Tradition.

§. 1.

Bedeutung des Wortes traditio — Tradition.

Der römische Ausdruck: traditio, hatte die Bedeutung des Eigenthumsvertrages, wo der Ausdruck genau genommen wurde, im älteren römischen Rechte wenigstens nicht. Er hatte vielmehr, wo er prägnant genommen ward, in unsern Quellen eine rein negative Bedeutung. Er bezeichnete nämlich jede Sachleistung, mit Ausschluß der Uebertragung und Constituirung dinglicher quiritischer Rechte, bildet also den Gegensatz zu dem dare, obgleich der Ausdruck: traditio (transdatio) tradere (transdare) auch die Uebertragung oder Constituirung dinglicher quiritischer Rechte hätte mitbezeichnen können. In den Quellen bildet es also die Ausnahme, wenn dies der Fall ist (ja es scheint an allen Quellenstellen für solche Ausnahme zu fehlen), ebenso wie nur bei nicht prägnanter Rede der Ausdruck: dare, jede Sachleistung bezeichnet, cfr. Savigny l. c. Bd. 1. §. 28. not. e. S. 300. — Diese Behauptung dürfte genügend belegt werden durch Berufung auf fr. 28. de V. O. (45, 1.) „Si rem tradi stipulamur, non intelligimus proprietatem ejus dari stipulatori, sed tantum tradi.“ — fr. 72. eod. „faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi;“ — fr. 4. de usuris (22, 1.) „rem dari vacuamque possessionem tradi.“

Sonach finden wir denn auch den Ausdruck: traditio (tradere), in den vielfach verſchiedenſten Bedeutungen, indem er bald nur darauf hinweiſt, daß die Detention, bald, daß der juriſtiſche Beſitz, bald, daß mehr als dieſer, das publicianiſche Recht, ſo wie endlich, daß das Eigenthum, nämlich das nichtquiritiſche (und als dies weggefallen war, jedes) erworben ſei. Als Quellenzeugniſſe mögen erwähnt werden für die Detention §. 3. J. „quibus modis re cont. (3, 14.) „rem custodiendam tradiderat fr. 8. de peculio (15, 1.)“ si tradidit — pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem.“ fr. 5. §. 10. de instit. act. (14, 3.) „quibus tabernam instructam tradiderat“ — für den juriſtiſchen Beſitz fr. 12. de vi et vi arm. (43, 16.) „cui jussisset dominus tradi possessionem“ fr. 19. de peric. et comm. (18, 6.) „non videtur traditus is, cujus possessio per locationem retinetur“ fr. 21. de usuf. (7, 1.) L. 2. C. de acquir. poss. (7, 32.) fr. 1. pr. de rerum perm. (19, 4.) [namentlich auch dort, wo nur abgeleiteter Beſitz entſteht, fr. 1. pr. de pignor. act. (13, 7.) „pignus contrahitur non solum traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.“ L. 3. C. de pactis inter emt. (4, 54.) „si non precariam possessionem tradidit.“ §. 7. inst. de act. (4, 6.)] — für das publicianiſche Recht der ganze Titel de Publiciana in rem act. (6, 2.), ſo wie de exc. rei vend. et trad. (21, 3.) in ihrer heutigen Bedeutung — für das bonitariſche Eigenthum dieſelben Titel in ihrer früheren Bedeutung, wenn, wie es nicht zu bezweifeln ſteht, die Quellenſtellen in denſelben urſprünglich den Fall

wenigſtens auch im Auge hatten, wo mit Wiſſen und Willen beider Parteien trotz der gewollten Eigenthumsübertragung bei einer res mancipi nur Tradition ſtattgefunden hatte — für das Eigenthum (und zwar nach Wegfall des quiritiſchen für jedes) endlich fr. 11. §. 2. de act. emti vend. (18, 1.) „et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum“ §. 40. J. de rer. div. (2, 1.) fr. 15. de rebus dub. (34, 5.) L. 2. C. de crimine stellion. (9, 34.).

Hienach ſcheint es denn alſo unbedenklich, den Ausdruck: traditio (tradere) als einen durchaus unbeſtimmten, der nur den negativen Gegenſatz gegen das dare bildet, für Sachleiſtungen der verſchiedenſten Art zu nehmen, wie dies ſchon richtig Dunker: „Ueber das pactum reservati dominii“ Rhein. Muſeum Bd. 1. (1832) §. 8. fin. S. 84. angiebt, obgleich es bedenklich erſcheint, den dort citirten Fall der Detention (bedingte Beſitzübertragung) als richtig anzuerkennen, wenigſtens dann, wenn dieſelbe unter Reſolutiv-Bedingung erfolgte. Es würde alſo darnach nicht gerechtfertigt erſcheinen, dort, wo dieſer Ausdruck gebraucht iſt, aus dieſem Ausdrucke allein eine der juriſtiſch verſchiedenen Arten von Sachleiſtungen als vorhanden anzunehmen, vielmehr wird immer erſt aus den umliegenden Verhältniſſen entnommen werden können, ob er dieſe oder jene Bedeutung hat. Dies als richtig vorausgeſetzt, wird man der Anſicht Savigny's l. c. not. l. S. 257, daß jener Ausdruck bei genauer Rede nur die Uebertragung des juriſtiſchen Beſitzes bezeichne, nicht beiſtimmen können, wenn damit nicht blos hat geſagt werden

ſollen, daß in den numeriſch zahlreichſten Fällen beim Gebrauch des Ausdruckes traditio der juriſtiſche Beſitz erworben, denn dieſer Anſicht ſchließt ſich die ſpätere Ausführung an. Der von Savigny l. c. anſcheinend den citirten Quellenſtellen gemachte Vorwurf ungenauer Rede dürfte ſich namentlich für das fr. 31. pr. de acquir. rer. dom. (41, 1.) [1]) nicht behaupten laſſen. Die citirte Quellenſtelle zeigt durch den Beiſatz nuda neben dem Ausdruck traditio ſehr ausdrücklich darauf hin, daß dies Wort dort nur die Bedeutung haben ſoll, irgend eine Sachleiſtung, deren juriſtiſcher Charakter noch unbeſtimmt iſt, zu bezeichnen, und es iſt kaum begreiflich, wie dieſe Stelle, die Hauptſtütze der falſchen Lehre, namentlich im Gegenſatze der L. 20. C. de pact. (2, 3.) [2]) zu der irrigen Anſicht über die Nothwendigkeit einer justa causa beim Eigenthumsvertrage führen konnte. Denn wie die eine den Satz ausſpricht, daß nicht nuda traditione das Eigenthum übergehe, ſo lehrt die andere, daß auch nicht nudis pactis dieſer Erfolg herbeigeführt werde, alſo gehört zum Eigenthumserwerb Beides, aber doch niemals eine justa causa; der hierauf gerichtete Ausdruck der erſteren Stelle hat nur dieſelbe Bedeutung, wie das nuda pacta der zweiten.

Was die Bedeutung des Wortes Tradition in unſerer heutigen Rechtsſprache anlangt, ſo bezeichnet man damit nach Ausweis aller Lehrbücher, wenigſtens bei prägnanter

---

[1]) Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

[2]) Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Rede, nur die Eigenthumsübertragung durch Vertrag. Man ist sich wohl bewußt, daß damit auch die Uebertragung des juristischen Besitzes[1]), resp. der Detention, bezeichnet werden kann (und im Rechtsleben wird der Ausdruck auch oft in dieser Bedeutung gebraucht), aber man hat sich in der Theorie daran gewöhnt, jenem Ausdrucke die engere Bedeutung des Eigenthumsvertrages beizulegen. Quellenwidrig ist dies nicht, wie oben gezeigt, aber freilich hat dies die Folge gehabt, daß man die Vertragsnatur der Eigenthumsübertragung unter Lebenden durch Willen oft ganz verkannt, oder wenigstens doch noch nicht genug erkannt hat. Man sollte billigerweise bei der Tradition in diesem Sinne das Vorhandensein eines Vertrages ebensowohl anerkennen, als bei den obligatorischen Real-, Verbal- und Litteral-Contracten. Ebenso wie neben den hier erwähnten Requisiten der res verba und litterae der zweiseitige Vertragswille nothwendig ist, muß dies auch bei der Tradition behauptet werden. Mit diesem Ausdrucke Tradition ist hier wie dort nur noch das weitere Requisit, welches außer

[1]) Dieser Ausdruck wird hier und später so wenig wie bei Savigny l. c. not. l. S. 257 einer Mißdeutung unterliegen. Daß der Erwerb des juristischen Besitzes nie ein zweiseitiges Geschäft bildet, ist unbestritten, dennoch aber wird der einseitige Act des Besitzerwerbs, namentlich dort, wo die Sache von einem Anderen besessen ward, unter denselben Verhältnissen eher als vorliegend angenommen werden können, wenn er unter Einwilligung des früheren Besitzers vor sich geht, als wenn dies nicht der Fall ist. Denn zu den übrigen, die Möglichkeit gegenwärtiger Einwirkung schaffenden Momenten tritt eben dies bedeutende weitere Moment der Gestattung durch den Willen des früheren Besitzers, der durch diesen seinen Willen alle Anderen ausschließen konnte, und daher eben bildet die Tradition einen auszuzeichnenden Fall einseitigen Besitzerwerbs.

dem Vertragswillen vorhanden ſein muß, angegeben, und mit dieſem kriteriſch unterſcheidenden Merkmale bezeichnet man dann die ganze juriſtiſche Handlung ſelbſt.

Daher ſagt Puchta instit. II. §. 241. S. 675 in gewiſſer Hinſicht richtig, daß durch dieſen Ausdruck nur die Beſitzübertragung bezeichnet werde, und iſt vollſtändig richtig der Ausſpruch deſſelben Autors Pand. §. 148.: „Immer iſt die Tradition nur der äußere Act", ſo daß alſo hier erkannt iſt, daß mit dem Ausdrucke ſelbſt, genau genommen, lediglich die Form des Eigenthumsvertrages bezeichnet werden könnte.

§. 2.

Regelmäßige Wirkung des Actes der Tradition.

Die Frage nach der regelmäßigen Wirkung des Actes der Tradition erſcheint nicht unzuläſſig wegen des im §. 1. Geſagten, denn wir reden hier nicht von der Bedeutung des Wortes, ſondern von der Wirkung des Actes, wenn auch freilich zugegeben werden mag, daß der Ausdruck in den numeriſch zahlreichſten Fällen eben dasjenige Rechtsverhältniß bezeichnen wird, welches der Act der Uebergabe in dubio ſchafft. — Bei der Beantwortung dieſer Frage iſt nun aber auszuſcheiden außer dem ſchon antiquirten bonitariſchen Rechte auch das publicianiſche Recht, da dies eine Anomalie bildet. Ueberdies wird es wohl keiner beſonderen Rechtfertigung bedürfen, daß in dubio aus dem bloßen Act der Uebergabe, alſo abgeſehen von den umliegenden Verhältniſſen, der Erwerb des Eigenthums für den Empfänger nicht gefolgert werden kann. — Für den,

der hier einen Beweis noch verlangt, muß dieſer in der ganzen folgenden Darſtellung enthalten ſein, und dürfte vorläufig wenigſtens eine Verweiſung auf das fr. 31. pr. de acq. rer. dom. (41, 1.), ſo wie auf das über dieſe Stelle im §. 1. fin. Geſagte, genügen. — Sonach würde die aufgeworfene Frage alſo nur inſofern einer Beantwortung bedürfen, als es zweifelhaft erſcheinen könnte, ob durch den Act der Tradition die Detention oder der juriſtiſche Beſitz erworben gilt.

Man könnte nun der Anſicht ſein, daß in dubio der Act der Tradition nur das Geringere, alſo nur die Detention dem Empfänger verſchaffe, alſo behaupten, daß, abgeſehen von einer anderweitigen Erklärung (ſei ſie eine ausdrückliche oder ſtillſchweigende durch concludente Thatſachen), durch das Geben und Nehmen einer Sache nur die Detention erworben würde. Es wäre dies dann nicht dahin zu verſtehen, daß für die Detention bei der erfolgten Tradition präſumirt würde (denn eine jede juriſtiſche Präſumtion bedarf einer geſetzlichen Sanction, und dieſe eben fehlte hier), ſondern nur dahin, daß für das Mehr, alſo für den juriſtiſchen Beſitz (resp. gar das Eigenthum) nicht präſumirt würde, ſo daß alſo nicht eine Präſumtion aufgeſtellt, ſondern vielmehr eine Präſumtion nicht aufgeſtellt wäre. Widerlegen ließe ſich dieſe Anſicht auch nicht dadurch, daß in dem Geben und Nehmen des Objects mindeſtens der Ausdruck eines Willens liege, und daher von der Annahme blos der Detention, die eines Willens nicht bedürfe, nicht geredet werden könne; denn daß auch die Detention ohne Willen ungedenkbar iſt, hat genügend nachgewieſen Bruns: „Das Recht des Be-

ſitzes“ §. 55. S. 466 ff. — Der Unterſchied zwiſchen juriſtiſchem Beſitz und Detention beſteht nicht in dem Unterſchiede zwiſchen Willen und Nichtwillen, ſondern in der Verſchiedenartigkeit des Willens.

Dieſe Annahme nun aber, daß durch den Act der Tradition nur die Detention in dubio entſtehe, erſcheint irrig, es wird vielmehr der juriſtiſche Beſitz durch das Geben und Nehmen der Sache in dubio für den Empfänger als erworben angenommen werden müſſen. Dies läßt ſich theils direct quellenmäßig belegen, folgt aber auch theils indirect juriſtiſch von ſelbſt aus der Verſchiedenartigkeit der Willensrichtungen bei der Detention und dem juriſtiſchen Beſitz.

Was die directe quellenmäßige Conſtatirung der aufgeſtellten Behauptung anlangt, ſo dürfte namentlich zu verweiſen ſein auf Paulus Rec. Sent. Lib. V. Tit. XI. §. 2. de don. „probatio traditae vel non traditae possessionis, non tam in jure quam in facto consistit, ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant“, und auf fr. 77. de R. V. (6, 1.)[1]), in welcher letzteren Stelle es gleichfalls heißt „sufficiebat ad traditam possessionem“, wenn der Beſchenkte zur Zeit der Kenntnißnahme der Schenkung ſich auf dem geſchenkten Grundſtücke befinde. Es bedarf alſo darnach für den, der

[1]) Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit. Dixi, posse defendi in rem ei competere quasi per ipsam acquisierit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, quum epistola mitteretur, quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

in der Möglichkeit gegenwärtiger Einwirkung ſich befindet, damit der juriſtiſche Beſitz als für ihn erworben gilt, wohl des Willens, den juriſtiſchen Beſitz haben zu wollen, nicht aber einer beſonderen Erklärung dieſes ſeines Willens, ſei es einer ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden durch concludente Thatſachen; die Möglichkeit gegenwärtiger Einwirkung iſt auch für dieſen ſeinen Willen ſchon eine genügend concludente Thatſache. Daß dies Reſultat nicht blos für den in beiden Quellenſtellen vorausgeſetzten Fall der Schenkung Gültigkeit hat, daß alſo, um es mit andern Worten zu ſagen, die unterliegende causa (die freilich mit dem Beſitz auch den Erwerb des Eigenthums herbeiführte) für das aufgeſtellte Reſultat nicht entſcheidend war, dürfte namentlich aus dem allgemeinen Wortlaute der erſteren Quellenſtelle folgen. — Außer auf dieſe quellenmäßige Begründung könnte man nun noch weiter ſich auch berufen auf den Fall des Kaufcontracts pretio non soluto neque credito, ſo wie auf den Fall der Dosbeſtellung ante nuptias, wenn beredet iſt, daß das Eigenthum nicht ſofort übergehen ſoll. Es dürfte aber zu weit führen, wenn man ſofort hier nachweiſen wollte, daß dieſe Fälle direct beweiſen, und mag daher eine Bezugnahme auf §. 9. und 11. unten hier genügen.

Zu dieſem ſelben Reſultate, daß in dubio die Tradition dem Erwerber den juriſtiſchen Beſitz verſchafft, führt nun außer den directen Quellen-Belägen auch die Verſchiedenartigkeit der Willensrichtungen des Erwerbers bei der Detention und dem juriſtiſchen Beſitz. Es iſt anerkannt, daß nur in dieſer Verſchiedenartigkeit des Willens der Unterſchied zwiſchen dieſen beiden Rechtsverhältniſſen

liegt, und zwar hat, um es gleich näher anzugeben, der Detentor die Sache alieno, der juriſtiſche Beſitzer aber suo nomine inne. Dort, wo nun aber irgend ein juriſtiſcher Act im Rechtsleben von Jemandem vorgenommen wird, iſt ſtets zu präſumiren, daß er suo nomine handelt, oder juriſtiſch richtiger, es iſt nicht zu präſumiren, es bedarf des Beweiſes, daß die Handlung alieno nomine vorgenommen ſei, und zwar des Beweiſes, daß der hierauf gerichtete Wille des Handelnden äußerlich ward, denn auf den inneren Willen kann der Juriſt ein Gewicht nicht legen, cfr. Buchka: „Die Lehre von der Stellvertretung", S. 35 ff. und 40 ff. und beſonders Thöl: „Handelsrecht" Bd. I. §. 29. not. 8. — Namentlich beweiſend iſt in dieſer Hinſicht das fr. 1. §. 9. de exercitor. act. (14, 1.) [1]), wo durch die Worte „hac lege accepit" und „si hoc non expresserit" genügend ausgeſprochen iſt, daß das Contrahiren alieno nomine beim Contractsabſchluß (wenn auch nicht gerade immer ausdrücklich, ſondern möglicherweiſe auch nur ſtillſchweigend durch concludente Thatſachen) conſtatirt ſein muß. Daß in dieſer Quellenſtelle, ſo wie in den weiter locis citatis angeführten nur von obligatoriſchen Verträgen die Rede iſt, hindert ihre Beweiskraft hier nicht für denjenigen, der in der Tradition, ſoweit damit die Eigenthums-

[1]) Unde quaerit Ofilius si ad reficiendam navem mutuatos nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait: si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem praeposuerit; quod: si ab initio consilium ceperit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipiat, contra esse; quam distinctionem Pedius probat.

übertragung unter Lebenden bezeichnet wird, einen dinglichen Vertrag findet, und der den einseitigen Erwerb des juristischen Besitzes als ein einseitiges Rechtsgeschäft betrachtet. Uebrigens läßt sich die Richtigkeit des für die obligatorischen Geschäfte Anerkannten auch für diese letzteren Fälle direct quellenmäßig belegen. Das fr. 13. und 20. §. 2. de acq. dom. (41, 1.) stellen, so wie das fr. 37. §. 3—6. eod. [1]), offensichtlich Alles darauf, daß alieno nomine die Eigenthumsübertragung geschah, sonst wird dem Repräsentirten

[1]) fr. 13. pr. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi et proprietas acquiritur ignoranti. §. 1. Et tutor pupilli pupillaeve, similiter ut procurator, rem emendo nomine pupilli pupillaeve, proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus. — fr. 20. §. 2. Si ego et Titius rem emerimus, eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam, omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium. — fr. 32. §. 3. Sicut servus communis stipulando nominatim alteri ex dominis, ita per traditionem accipiendo soli ei acquirit. §. 4. Quod unius servus per traditionem accipiendo se accipere dixerit domino et Titio, partem domino acquirit, in partem nihil agit. §. 5. Fructuarius servus, si dixerit se domino proprietatis per traditionem accipere ex re fructuarii, totum domino acquiret, nam et sic stipulando ex re fructuarii domino proprietatis acquirit. §. 6. Si cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acceperit, ut rem Titii faceret, nihil agetur. Nam etsi procuratori meo tradideris, ut meam faceres, et is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quodsi servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur. — Hier wird mens als Bezeichnung des ausgedrückten d. h. erklärten Willens anzusehen sein, und soweit der error in persona reicht, wird der Eigenthumsvertrag als vollständig negirt gelten müssen. — Diese Stellen zeigen auch deutlich, daß das für die obligatio Behauptete ebenso für den Eigenthumsvertrag gilt.

nicht erworben, es muß ſeiner nominatim, wie das fr. 37. §. 3. cit. ſagt (worunter jedoch nur irgend welche, ſei es ausdrückliche, oder ſtillſchweigende Erklärung zu verſtehen iſt) gedacht ſein, damit ihm erworben wird. Damit ſtimmt denn auch vollſtändig überein das fr. 59. eod. und das fr. 13. de don. (39, 5.), und dürfte es wenigſtens dem Ausdrucke nach irrig ſein, wenn man oft behauptet hat, daß der Wille des Repräſentanten für ſich oder einen Anderen, als den dominus, erwerben zu wollen, durch den Willen des Tradenten ausgeſchloſſen werden könnte. Daß dem Willen des Vertreters durch den des Tradenten ein Zwang auferlegt werden könne, wird Niemand behaupten wollen, nur das iſt aus jener Anſicht richtig, daß, wenn der Trabent dem Vertreter nomine des Vertretenen, dieſen ſeinen Willen irgendwie ausdrückend, tradirt, die mens, d. h. der heimliche entgegenſtehende Wille des Vertreters, unberückſichtigt bleiben muß, da das Recht die reservatio mentalis nicht berückſichtigen kann, eben dadurch erhält das fr. 13. de don. (39, 5.) ſeine richtige Erklärung. Würde aber dem erklärten Willen des Tradenten, dem dominus tradiren zu wollen, der erklärte Wille des Vertreters, für ſich erwerben zu wollen, entgegentreten, ſo muß, wenn feſtſteht, daß Beide auf ihrem Willen beharrten, angenommen werden, daß der Eigenthumsvertrag nicht zu Stande kam, und es läßt ſich nicht behaupten, wie man meiſthin thut, daß dennoch dem dominus das Eigenthum erworben würde. Nur bei gänzlicher Verkennung der Vertragsnatur der Eigenthumsübertragung unter Lebenden läßt ſich die letztere Anſicht denken, und daß das anſcheinend entgegenſtehende Princip des fr. 18. §. 1. de poss. (41, 2.) auf

Gültigkeit keinen Anſpruch machen kann, wie es denn auch ſchon im fr. 34. pr. eod. und fr. 18. de vi et vi arma (43, 16.) verworfen iſt, läßt ſich wohl nicht bezweifeln. — Was hiernach für den Eigenthumsvertrag gilt, muß unbedenklich ebenſo für das einſeitige Rechtsgeſchäft des Beſitzerwerbes angenommen werden, wie dies auch ausdrücklich im fr. 1. §. 7. de poss. (41, 2.) geſagt und im fr. 1. §. 20., ſo wie fr. 34. §. 2. eod. [1]) geſchehen iſt. Auch hier kann natürlich der irgendwie erklärte Wille des Tradenten, dem dominus den Beſitz verſchaffen zu wollen, den heimlichen entgegengeſetzten Willen des Repräſentanten ausſchließen. — Namentlich beweiſend ſind hier auch, ſoweit ſie ſich auf die dotis datio beziehen, das fr. 5. §. 12. de jure dot. (23, 3.) [2]) und die L. 7. C. de dotis promiss. (5, 11.), nur daß die letztere Stelle außer der Erklärung, alieno nomine handeln zu wollen, auch noch inopia des

[1]) fr. 1. §. 7. Per communem servum, sicut per proprium, acquirimus etiam singuli in solidum, si hoc agat servus, ut uni acquirat, sicut in dominio acquirendo. — §. 20. Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent, nobis non possunt acquirere. Alioquin si dicamus per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidendi, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione. — fr. 34. §. 2. Servus quoque meus ignoranti mihi acquiret possessionem. Nam et servus alienus, ut Celius scribit, sive a me sive a nemine possideatur, potest mihi acquirere possessionem, si nomine meo eam adipiscatur.

[2]) Papinianus libro X. Quaestionum ait: cum pater curator suae filiae juris sui effectae dotem pro ea constituisset, magis eum quasi patrem id, quam quasi curatorem fecisse videri.

Vaters fordert, und ihm, wo diese nicht vorliegt, vorschreibt, daß er das Kind selbst handeln lasse, vielleicht mit Rücksicht auf L. 8, §. 5. C. de bonis quae lib. (6, 61), wenigstens dann, wenn die zur dos zu gebenden Sachen zum eigenen Vermögen der Tochter gehören. — Erkannt ist dies schon von Bremer „Ueber den Besitzerwerb durch Stellvertreter" Zeitschrift für Civil R. und Pr. N. F. Bd. 11. S. 236. ff.; wenn hier Alles auf die mens gestellt zu sein scheint, so ist dies nur dem Worte nach geschehen, indem der Sache nach die Erklärung des Willens verlangt wird, und richtig ist auch l. c. behauptet, daß in dubio das acquirere alieno nomine nicht anzunehmen sei.

Sonach dürfte denn die Behauptung genügend bewiesen sein, daß aus dem Geben und Nehmen einer Sache — abgesehen von den weiteren umliegenden Verhältnissen — in dubio als aus einer genügend concludenten Thatsache auf den Erwerb des juristischen Besitzes zu schließen ist, oder um es anders auszudrücken, daß aus dem Geben und Nehmen einer Sache allein weder für das minus (die Detention) noch für das plus (das Eigenthum) zu präsumiren ist. Dieser Satz, höchst bedeutend für die Frage nach der Nothwendigkeit der justa causa beim Eigenthumsvertrage (und höchst bedeutend für den Beweis des juristischen Besitzes bei den Interdicten, wo er noch nicht genügend gewürdigt zu sein scheint), bedarf einer besonderen Rechtfertigung nicht für die wenigen Fälle, wo der juristische Besitz, obgleich möglich, in dubio nicht angenommen werden soll. Ich meine die Fälle des Sequesters und des precarium vom Pfandgläubiger an den Pfandschuldner (vom juristischen Besitzer an den Eigenthümer) cfr. fr. 17. §. 1.

depositi (16, 3.) und fr. 38. § 3. de usuc. (41, 3.), vgl. Savigny Beſitz §. 25. S. 346. u. 347., denn daß hier gegen den juriſtiſchen Beſitz präſumirt wird, ließe ſich vielleicht aus der Anomalie dieſer Fälle, oder wohl richtiger, daraus erklären, daß noch weitere Momente, als das bloße Geben und Nehmen der Sache, alſo weitere concludente Thatſachen in Betracht gezogen ſind.

§. 3.

Angabe der verſchiedenen Standpunkte.

Erſt nachdem dieſe beiden Vorfragen — die Bedeutung des Wortes traditio iſt nur die, daß irgend eine Sachleiſtung vorgenommen, und der Act der Tradition gewährt in dubio, d. h. abgeſehen von den anderweitigen in concreto vielleicht vorliegenden Verhältniſſen, den juriſtiſchen Beſitz und nur dieſen — ihre Feſtſtellung erhalten, iſt es nunmehr möglich, auf die Frage über die Nothwendigkeit oder Nichtnothwendigkeit einer justa causa bei der Eigenthumsübertragung unter Lebenden näher einzugehen. Zunächſt wird es dabei nothwendig ſein, den Inhalt der beiden verſchiedenen Lehren im Ganzen anzugeben.

Was zunächſt die jetzige, zur Zeit, ſo viel mir bekannt, nur von Savigny angegriffene Lehre über die Nothwendigkeit der justa causa beim Eigenthumsvertrage anlangt, ſo ſtützt ſich dieſelbe namentlich auf Ulpianus Tit. 19. §. 7. — Gajus lib. 2. §. 20. fr. 31. pr. de acqu. rer. dom. (41,1) fr. 55. de contr. emt. (18, 1.) §. 40. fin. J. de rer. div. (2, 1.), L. 24. C. de R. V. (3, 32.), ſo wie weiter auf die ganze Lehre der Uſucapion mit der für ſie hingeſtellten

Nothwendigkeit der justa causa. Vielleicht hängt dieſe Lehre auch eng zuſammen mit der alten Theorie über die Unterſcheidung zwiſchen einem voraufgehenden titulus und dem darauf folgenden modus acquirendi dominii, von welcher Puchta Pandect. §. 143. fin. mit Recht ſagt, daß länger als dieſe Theorie ſich einzelne Conſequenzen derſelben erhalten hätten, ohne daß freilich er die hier zur Frage ſtehende irrige Conſequenz vermied. Namentlich läßt ſich der Zuſammenhang dieſer alten Theorie mit der Lehre über die Nothwendigkeit der justa causa bei Glück Commentar Bd. 8. S. 90. ff. erkennen. — Die Autoren haben nun einen verſchiedenen Standpunkt in ſo fern, als ſie entweder die als justae zu betrachtenden causae aufzählen, und für die nicht aufgezählten dann behaupten, es könne in Grundlage ihrer der Eigenthumsübergang nicht vor ſich gehen, cfr. z. B. Seuffert Erörterungen einzelner Lehren des R. Privat R. II. S. 26. ff., oder nur die als injustae zu bezeichnenden causae, in Grundlage derer das Eigenthum nicht ſoll übergehen können, angeben und dann behaupten, daß alle anderen geeignet ſeien, um darauf hin den Eigenthumsübergang vorzunehmen, z. B. Donell, Comment. lib. IV. Cap. XVI., oder endlich, indem ſie ſich auf die Aufzählung der causae gar nicht einlaſſen, ſondern nur im Allgemeinen die Nothwendigkeit der justa causa behaupten, wie namentlich die neueren Lehrbücher, cfr. z. B. Puchta Pand. S. 148. und Arndt Pand. §. 145. — Die letztere Art der Darſtellung verhüllt die zu unterſuchende Frage, und erſchwerte ſo, da ſie zu einer Unterſuchung nicht aufforderte, die richtige Erkenntniß der Irrigkeit der Behauptung, daß die justa causa objectives Requiſit des Eigenthumsvertrages ſei.

Puchta tritt übrigens dennoch mit sich selbst schon dadurch in Widerspruch, daß er einmal unter diesem Ausdrucke nur den übereinstimmenden Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, versteht, und dann sofort wieder von einem besonderen Rechtsgeschäfte, welches diese justa causa bildet, redet. Arndt hebt gleichfalls seine eigne Behauptung, daß die justa causa nothwendig sei, eigentlich selbst schon wieder auf, indem er hinzufügt, es sei nicht nöthig, daß ein solcher Rechtsgrund wirklich bestehe. — Bei dieser letzteren Darstellungsweise, aber auch bei den vorhin angegebenen, scheint der den meisten Autoren vorschwebende Gedanke der zu sein, daß das Eigenthum durch Vertrag unter Lebenden, die übrigen Requisite vorausgesetzt, nur dann übergehe, wenn hinsichtlich des tradirten Objectes wenigstens in der Meinung des Tradenten und Acceptanten[1]) aus einer obligatio für den Ersteren die Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung bestehe. Es wird nur noch hinzugefügt, daß die justa causa nicht voraufzugehen brauche, sondern mit der Tradition zusammenfallen könne, wie z. B. bei der Schenkung und Dosbestellung durch datio[2]) bei dem

[1]) Hier ist man sich wohl einig darüber, daß die Meinung oder bona fides des Acceptanten nicht die causa zu betreffen braucht, wohl aber herrscht hier eine nicht unerhebliche Controverse über den Fall des wissentlichen Empfangs eines indebitum, indem man den Eigenthumsübergang dann oft leugnet und ein furtum behauptet.

[2]) Der Irrthum, daß die Schenkung stets einen obligatorischen Vertrag bilde, weshalb man auch die Schenkung oft früher ins Obligationenrecht verwies, selbst dort, wo die Schenkung durch datio effectuirt ward, mag seinen Hauptgrund in der alten Lehre über die Nothwendigkeit der justa causa gehabt haben, indem man sich daran gewöhnt hatte, unter der justa causa eine zur Eigenthumsübertragung verpflichtende obligatio zu verstehen.

sofortigen Geben eines Darlehns, und nach Röm. Rechte die traditio bei den Innominatcontracten. — Daß diese letzteren Fälle quellenmäßig mit zur justa causa praecedens zu rechnen, sucht man wohl dadurch zu rechtfertigen, daß auch hier immer der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, der Tradition voraufgehen müsse, cfr. Puchta Vorlesungen ad §. 148. —

Dieser jetzt gangbaren Lehre tritt die Behauptung entgegen, daß die justa causa (sei es in dem angegebenen oder einem andern Sinne) objectives Requisit des Eigenthumsvertrages nicht sei. Zur Eigenthumsübertragung durch Vertrag soll also nur der erklärte Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, und dessen Verkörperung in dem Act der Tradition nöthig sein; einer justa causa bedarf es nicht, diese, wenn in den Quellen erwähnt, hat nur die Bedeutung, daß im Fall nicht erfolgter ausdrücklicher Erklärung aus ihr als einer concludenten Thatsache der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, gefolgert werden kann. Der bloße Act der Uebergabe einer Sache enthält nämlich eine Erklärung für den Eigenthumswillen nicht, kann vielmehr die juristisch verschiedenartigsten Rechte nach §. 1. gewähren, und muß daher, wo dieser Act vorliegt, bei mangelnder ausdrücklicher Willenserklärung, aus den neben der Tradition vorgekommenen Thatsachen, namentlich aus dem Zweck und daher aus der causa der Tradition der wirklich unterliegende Wille, — ob auf Detention, oder auf juristischen Besitz oder Eigenthum gerichtet — ermittelt werden, indem erst im Nothfall, wenn aus den umliegenden Verhältnissen der Wille nicht erschlossen werden kann, nach §. 2. der juristische Besitz als

erworben gilt. Mit andern Worten, der Eigenthumsvertrag ist ein Formal-Vertrag, indem er eine Verkörperung des Willens durch den Act der Uebergabe verlangt; außer dieser Form ist aber der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, und (da auf den bloß innerlich gebliebenen Willen in Rechtssachen keine Rücksicht genommen werden kann) dessen Erklärung nothwendig; diese Erklärung kann sein eine ausdrückliche oder stillschweigende durch concludente Thatsachen. Bei der ersteren kann von der Nothwendigkeit einer justa causa nicht geredet werden, und wird in den Quellen von derselben hier auch nie gesprochen, nur bei der letzteren erwähnen die Quellen der justa causa, und hat diese Erwähnung nicht die Bedeutung, daß ein objectives Requisit für den Eigenthumsvertrag angegeben werden soll, sondern nur die, daß aus ihr — so wie gewiß auch aus noch manchen andern Thatsachen, z. B. beim Kauf pretio non soluto, aus dem s. g. Creditiren und aus der Qualität des Objects (Fungibilien) — ein Schluß auf das Vorhandensein des Willens, Eigenthum zu geben und zu nehmen, also die Annahme einer stillschweigenden Erklärung dieses Willens gerechtfertigt erscheint. — Diese Ansicht, in jüngerer Zeit, wie schon oben angegeben, von Savigny im Obligationenrecht Bd. 2. S. 254. ff. aufgestellt, ward schon früher in gleicher Weise ausführlicher vertheidigt von Warnkönig im Archiv für die civ. Praxis Bd. 6. p. 111. ff., der unter Anführung anderer Autoren namentlich darauf hinweiset, daß die Condictionenlehre mit der jenseitigen Ansicht nicht in Einklang steht, übrigens aber die Frage nicht weit genug verfolgt, und daher zu einer künstlichen Interpretation hinsichtlich des fr. 31. pr. de acq. rer. dom. (41, 1.)

greift, — und dann weiter von Branchu, Obs. Dec. 2. Cap. 19., aber freilich nur gelegentlich bei der Unterſuchung über den Irrthum, der die Uſucapion hindere. Vorher habe ich die richtige Anſicht, hinſichtlich deren ich indeß eine Dogmengeſchichte zu geben nicht beabſichtige, nur vertheidigt gefunden bei Donell, Comment. lib. IV. Cap. 16., der, wenn er auch hier und an andern Stellen theilweiſe von der Irrigkeit der alten Lehre befangen iſt, indem er namentlich die non justae causae der Eigenthumsübertragung aufzählt, dennoch ſchon zu dem Reſultate kommt, daß die erwähnte justa causa kein beſonderes Requiſit des Eigenthumsvertrages bildet, ſondern mit dem Requiſite des Willens, Eigenthum zu geben und zu nehmen, zuſammenfällt, und ausdrücklich ſagt, „causa ad probationem tantum exigitur.“ Beſonders iſt l. c. in fine dieſe Anſicht gut auf den Fall des Kaufcontractes pretio non soluto angewendet, während freilich andererſeits Donell, da er ſagt, daß die „causa voluntatem confirmet“, beim wiſſentlichen Empfang eines indebitum den Eigenthumsübergang leugnet, und ein furtum annimmt, weil es nach ihm mindeſtens einer causa putativa bedarf.

§. 4.

Dispoſition für die folgende Unterſuchung.

Wenn nun dieſe letztere Auffaſſung, alſo die Lehre der Nichtnothwendigkeit der justa causa, etwas weiter, als v. Savigny es ſchon gethan, hier begründet werden ſoll, ſo wird die Unterſuchung den Gang nehmen, daß zuerſt eine

quellenmäßige Feststellung und sodann eine Vertheidigung gegen etwa mögliche Anfechtung versucht wird.

I. Die quellenmäßige Begründung soll erfolgen:

A. im Allgemeinen (§. 5.), und dann

B. für einzelne causae, die bisher als justae causae betrachtet sind. (§. 6.) — Einer Erörterung sollen hier unterworfen werden:

1) Das Darlehn. (§. 7.)

2) Die Innominat-Contracte. (Trödelvertrag.) (§. 8.)

3) Die dos — namentlich die ante nuptias. (§. 9.)

4) Die Schenkung — namentlich mortis causa. (§. 10.)

5) Der Kaufcontract — namentlich pretio non soluto. (§. 11.)

und wird sodann das Resultat dieser quellenmäßigen Begründung, sei es im Allgemeinen, oder bei den einzelnen justae causae, zusammengefaßt werden. (§. 12.)

II. Die Vertheidigung der aufgestellten Ansicht wird die Frage betreffen, ob nicht gewisse causae den Eigenthumsübergang hindern, (§. 13.), sei es

A. wegen ihres Inhaltes (§. 14.); hier sollen erörtert werden:

1) Die Societas. (§. 15.)

2) Locatio conductio. (§. 16.)

3) Pignus. (§. 17.)

4) Depositum. (§. 18.)

5) Mandat — parapherna (§. 19.)

und sodann die Zusammenfassung des Ergebnisses der Betrachtungen über die non justae causae erfolgen. (§. 20.)

B. wegen vorhandener Prohibitiv-Gesetze, (Fälle der Nichtigkeit). (§. 21.)

Die Reſultate der ganzen Unterſuchung werden endlich zuſammengefaßt im §. 22.

I. Quellenmäßige Begründung.

§. 5.

A. Im Allgemeinen.

Richtig iſt ſchon von v. Savigny l. c. ausgeführt, daß bei einer ausdrücklichen Erklärung, das Eigenthum übertragen zu wollen, und daher namentlich bei der Mancipation, der justa causa nie Erwähnung geſchieht. Es wird daher in dieſer Hinſicht eine Verweiſung auf v. Savigny genügen, und namentlich iſt demſelben auch darin beizuſtimmen, daß im Rechtsleben ſelten eine ausdrückliche Erklärung zu erfolgen pflegt, was vorzüglich ſeinen Grund darin hat, daß man gewohnt iſt, das juriſtiſche Object (das Eigenthum) mit dem Namen des practiſchen Objects (der Sache) zu bezeichnen, während man gleichzeitig auch bei dem Erwerb des juriſtiſchen Beſitzes denſelben ſprachlichen Fehler dahin macht, daß man den Sachen-Beſitz mit der Angabe der Sache auszudrücken ſucht. Dies muß denn freilich, da man ſomit zwei ganz verſchiedene Rechtsverhältniſſe, Eigenthum und Beſitz, mit demſelben Ausdrucke bezeichnet, dahin führen, daß eine ausdrückliche Erklärung für das eine Rechtsverhältniß im Gegenſatz zum andern ſelten im Leben gefunden wird. Nur dort, wo über den Act der Tradition eine ſchriftliche Urkunde aufgenommen wird, ſei es vor einer öffentlichen Behörde (z. B. bei Verlaſſungen), oder ſei es nicht vor einer Behörde (z. B. bei

der Erklärung zu einem Notariats-Protocoll), pflegt eine vorsichtigere Fassung zu erfolgen, also ausdrücklich erklärt zu werden, welches Recht übergeben und empfangen werden soll, cfr. namentlich den unten §. 17. allegirten Fall.

Was nun weiter die Quellenstellen anlangt, wo, auch ohne Rücksicht auf solche ausdrückliche Erklärung, Alles auf den Willen der Parteien, und nur auf diesen gestellt ist, so wird auch hier verwiesen werden dürfen auf v. Savigny l. c. not. n. Den dort citirten Quellenstellen fr. 9. §. 3. de acq. rer. dom. (41, 1.) und §. 40. J. de div. rer. (2, 1.) dürfte mit Warnkönig noch beizuzählen sein das fr. 55, de O. et A. (44, 7.) [1]), da dort auch zunächst Alles auf den Willen der Contrahenten gestellt wird, und eben nur auf diesen, indem es ausdrücklich heißt, daß die erwähnten causae (unter denen auch die locatio conductio aufgeführt wird) irrelevant sind, und also für den Eigenthumsvertrag nur verlangt werden kann, daß animus utriusque consentit. — Auch Theophilus in seiner Paraphrase ad §. 40. J.

---

[1]) fr. 9. §. 3. de acquir. rer. dom.: Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur, nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. — §. 40. J. de rer. div. (2, 1.) Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. — — fr. 55. de O. et A. (44, 7.) In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi sit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

cit. verlangt, wie ſchon v. Savigny und Warnkönig richtig anführen, zum Eigenthumserwerb außer dem Acte der Tradition und dem Eigenthum des Veräußerers (die Fähigkeit, zu veräußern und zu erwerben, vorausgeſetzt) nur den Willen, Eigenthum zu geben (und zu nehmen), welches letztere indeß nicht ausgedrückt iſt. Von der Nothwendigkeit einer justa causa ſpricht er gar nicht, und iſt es darnach faſt kaum begreiflich, daß Glück, Comment. Bd. 8. S. 90. not. 57., dieſen richtigen Ausſpruch des Theophilus verkennend, denſelben mit der jetzigen Lehre dadurch in Einklang zu bringen ſucht, daß er annimmt, es ſtecke unter dieſem animus transferendi dominii ohne Zweifel die causa praecedens.

Die von den Vertheidigern der Nothwendigkeit der justa causa angeführten Quellenſtellen, welche oben §. 3. initio allegirt ſind [1]), beweiſen die Nothwendigkeit der justa causa wenigſtens mit Gewißheit nicht, denn ſie alle

[1]) Ulp. lib. XIX. §. 7.: Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi, harum rerum dominia ipsa traditione apprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae suut nobis. — Gaj. II. 20. Itaque si tibi vestem vel aurum, vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa, sive (ex donationis, sive quavis alia ex causa, tua) fit ea res, si — — — fr. 31. pr. de acqu. rer. dom. (41, 1.) cf. not. 1. — fr. 55. de cont. emt. (18, 1.) Nuda et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur. — §. 40. J. de rer. div. (2, 1.) — — — Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, **sine dubio** transferantur — L. 24. C. de R. V. (3, 32.) Nullo justo titulo praecedente **possidentes** ratio juris quaerere dominium prohibet. Idcirco quum etiam usucapio cesset, intentio dominii nunquam absumitur. Unde hoc casu postliminio reverso citra beneficium actionis rescissoriae directa permanet integra vindicatio.

ſetzen voraus, daß ausdrückliche Erklärung nicht erfolgt iſt, und namentlich iſt auch ſchon oben §. 1., am Ende des vorletzten Abſatzes nachgewieſen, daß die Hauptſtütze der falſchen Lehre, das fr. 31. pr. de acq. rer. dom. (41, 1.) gewiß nicht für die Nothwendigkeit der justa causa angeführt werden kann, da dieſe Quellenſtelle ſchon nach ihrem Wortlaute „nuda traditio“ unzweifelhaft angiebt, daß es an einer ausdrücklichen Erklärung mangelt, daß nur die Thatſache der Uebergabe ſtattgefunden hat, und nunmehr eine Interpretation eintreten ſoll. Wegen des fr. 55. de contr. emt. (18, 1.) wird eine Verweiſung auf den citirten Brauchu für die Annahme, daß nur der Wille, Eigenthum zu geben, negirt iſt, genügen. Jeder, der dieſe und die andern citirten Quellenſtellen unbefangen lieſt, wird alſo zugeben müſſen, daß dieſelben mindeſtens auch ſo ausgelegt werden können, daß in ihnen nur eine juriſtiſche Thatſache interpretirt ſei, und wenn nur dies zugegeben wird, ſo läßt ſich anderweitig dieſe Möglichkeit zur Gewißheit erheben. — Uebrigens dürfte die L. 24. C. de R. V. (3, 32.) nicht vom Eigenthumsvertrage, ſondern von der Uſucapion und anderen Erſitzungsarten zu verſtehen ſein, und der §. 40. in fine J. de rer. div. (2, 1.) nicht für die Gegner, ſondern für uns beweiſen, da dort wohl deutlich genug angedeutet iſt, daß es ſich nur um eine Interpretation handelt. Auch fehlt uns endlich der Schlußſatz bei Gajus II. §. 20., deſſen Wiederherſtellung vielleicht eben deshalb ſchwierig war, weil man von der irrigen Anſicht über die Nothwendigkeit der justa causa ſich nicht frei machen konnte.

Auch die Lehre der Usucapion hindert nicht die Richtigkeit der Behauptung, daß justa causa Requisit des Eigenthumsvertrages nicht sei. Um das nicht Beweisende dieser Lehre darzuthun, könnte man sich, wenn man dieselbe in ihrer jetzigen Fassung stehen lassen will, also auch jetzt noch die justa causa *für sie* als nothwendig behauptet, schon darauf berufen, daß die Usucapion der bona fides des Empfängers bedarf, und daß diese eine objective Grundlage erheischt. Diese Art, die etwaige Beweiskraft aus jener Lehre zu entfernen, ist aber nicht nöthig, da alle Autoren zugeben, daß auch ein putativer Titel (pro suo) zur Usucapion hinreicht. Will man dies mit Brunchu nur dahin verstehen, daß der *Beweis* eines putativen Titels hinreichen soll, aber dennoch immer ein anderer, für die Eigenthumsübertragung tauglicher Titel vorgelegen haben müsse, so daß man bei Aufstellung dieses Titels nur auf eine Erleichterung des Beweises des Usucapienten Bedacht genommen, und also einen Theil des ihm obliegenden Beweises in den Beweis des Gegners hineingelegt habe, so wird man mit Brunchu freilich auch ohne die von ihm gemachte, wohl nicht richtige Voraussetzung zugeben müssen, daß auch hier die Erwähnung des justus titulus *nur die* Bedeutung haben soll und kann, daß dadurch der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, ausgesprochen gilt, — daß also statt des justus titulus neben den übrigen Requisiten, namentlich der bona fides, für die Usucapion nur der Wille, Eigenthum zu nehmen, gefordert werden darf. Verlangt man einen Beweis dafür, so liegt dieser, meiner Meinung nach, theils schon darin, daß die Quellen so höchst ungenau in der Anführung der justae causae sind, indem sie namentlich den Titel

pro suo von den übrigen nicht genügend trennen, und oft ſtatt der voraufgehenden causa traditionis den generellen Titel pro soluto, gleichbedeutend mit pro tradito, hinſtellen, — theils aber und namentlich, was mit dem Letzteren zuſammenhängt, daß ſie die bona fides, d. h. den guten Glauben, Eigenthum erworben zu haben, nicht für den Zeitpunkt der justa causa praecedens, ſondern für den Zeitpunkt der Uebergabe verlangen. Dies ſtand von jeher feſt für alle justae causae praecedentes, mit Ausnahme des Kaufs nach fr. 48. de usuc. (41, 3.), und für den Kauf iſt die unter den römiſchen Juriſten vorhanden geweſene gegentheilige Anſicht nach fr. 10. pr. eod. [1]) für das juſtinianiſche Recht wenigſtens dahin entſchieden, daß auch hier nur der Zeitpunkt der Uebergabe berückſichtigt werden ſoll, denn es heißt in dieſer letzteren Stelle ausdrücklich: „obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium“ und kann hiegegen gewiß nicht die Aufnahme des fr. 48. cit. und auch wohl nicht

---

[1]) fr. 48. de usuc. (41, 3.) Si existimans me debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud est, si putem, me ex causa venditi teneri, et ideo tradam, hic enim nisi emtio praecedat, pro emtore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur, neque interest, quum stipulor, sciam alienum esse, nec ne; sufficit enim, me putare tuum esse, quum solvis; in emtione autem et contractus tempus inspicitur, et quo solvitur, nec potest pro emtore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus. — fr. 10. eod. Si aliena res bona fide emta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emtionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium.

die Aufnahme des fr. 2. pr. pro emt. (41, 4.) [1]) in die Pandecten entſcheidend ſein.

Zur weiteren Begründung der Richtigkeit der diesſeitigen Anſicht wird nun, nachdem die Gründe der jenſeitigen Anſicht widerlegt ſind, eine Berufung auf die Condictionen-Lehre gewiß nicht irrelevant erſcheinen. Es iſt dabei nothwendig, daß nicht blos auf die condictio indebiti, ſondern auch auf die cond. causa data c. n. s., ſo wie auf die c. ob turpem vel injustam causam, und endlich auf die c. sine causa Rückſicht genommen wird, wie dies ſchon Warnkönig theilweiſe gethan.

1. Die condictio indebiti.

Die Lehre dieſer condictio iſt von jeher, und zwar von der Gloſſe ab, inſofern als Modification der nothwendigen justa causa, gegenüber den dieſes Requiſit anſcheinend aufſtellenden Quellenſtellen, dahin allegirt, daß die causa praecedens nicht eine vera, ſondern nur eine putativa zu ſein braucht, und dies ließ ſich denn auch niemals leugnen. Soweit herrſcht hier alſo Einigkeit, und inſoweit bedarf es alſo einer Beweisführung dahin, daß die justa causa Requiſit des Eigenthumsvertrages nicht iſt, aus dem Inhalt dieſer condictio nicht. Wohl aber iſt hier ein ſtreitiges Feld, cfr. §. 3. not. 9., inſofern geblieben, als man, ſelbſt auch Donell, der ſonſt die

[1]) — — — Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus. Sie denique si sciens stipules rem alienam, usucapiam, si, quum traditur mihi, existimem illius esse, at in emtione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur; igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse.

richtige Anſicht theilweiſe hat, cfr. §. 3. fin., bei der indebiti solutio bona fides für den Acceptanten verlangte. Freilich iſt die richtige Anſicht ſchon von Warnkönig aufgeſtellt und von Francke Beiträge Erſte Abtheilung S. 95 ff. vertheidigt, indem er die anſcheinend entgegenſtehenden Quellenſtellen, die den Eigenthumsübergang leugnen und ein furtum annehmen, dahin verſteht, daß ſie von dem Fall reden, wo Jemand, wiſſend, daß nicht er, ſondern ein Anderer der wahre (oder doch vermeintliche) Gläubiger oder Zahlungsempfänger ſei, die dieſem Anderen beſtimmte Zahlung entgegennimmt. Aber dieſe richtige Anſicht Francke's iſt angefochten, ausführlicher namentlich von C. Sell „De condictionibus quaestiones duae“ und v. Vangerow Pdtn. §. 625. Anmrkg. 1. Note III. — Sell's Werk, das mir nicht zur Hand iſt, ſoll hier nicht berückſichtigt werden, da ſeine Begründung im Weſentlichen mit der v. Vangerow's übereinſtimmt nach Zickermann „Iſt jeder wiſſentliche Empfang eines indebitum als furtum zu behandeln“ (Roſtock 1849) und ſoweit dies nicht der Fall, von Zickermann, der die Franckeſche Anſicht gut vertheidigt, genügend widerlegt ward. Die von v. Vangerow angeführten Gründe beweiſen aber nicht, denn daß das Wiſſen über die Nichtigkeit der causa nicht entſcheidend ſein kann, folgt unwiderleglich aus der Lehre der condictio ob turpem causam, und wenn die Uſucapion hier nach andern Regeln beurtheilt wird, ſo folgt dies wohl aus dem für dieſe, nicht aber für den Eigenthumsvertrag nothwendigen Requiſite der bona fides. Entſcheidend iſt auch, wie richtig Francke angeführt, daß

das Eigenthum selbst dann übergeht, wenn der Tradent durch dolus des Empfängers zur Veräußerung bestimmt worden ist. Die hiegegen von v. Vangerow aufgestellte Behauptung, daß dies nur seinen Grund darin habe, weil die Rechtsbeständigkeit (die Existenz, das Sein, die veritas) der causa durch den dolus nicht afficirt werde, ist wenigstens dann unrichtig, wenn eine zur Eigenthumsübertragung verpflichtende obligatio nicht vorausgeht, weil von einem Afficiren blos der causa dann nicht geredet werden kann, — und jedenfalls dann falsch, wenn der vorgekommene dolus gar nicht die vermeintlich vorliegende causa, sondern nur die Tradition betrifft, z. B. der Legatar spiegelt dolos dem Erben die Solvenz der Erbschaft vor, und erreicht so die Auszahlung des Legates, theilweise oder ganz (ohne Abzug der falcidia), während das Legat wegen Insolvenz der Masse gar nicht, oder doch nicht zu voll geschuldet wurde, cfr. fr. 23. de dolo malo (4, 3.) [1]). — Erwägt man nun weiter, daß

[1]) Si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro jurando, vel quadam alia fallacia persuaserit, tanquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus, datur de dolo actio. — Daß diese Gesetzesstelle freilich, da sie die subsidiäre actio doli gewährt, nicht mit unserer Ansicht, wenigstens im Fall der alia fallacia, im Einklang steht, muß zugegeben werden, da die genannte Klage nicht anwendlich werden kann, wo eine andere, die condictio indebiti, Platz greift. Diese Stelle läßt sich aber ebenso wenig mit der Ansicht der Gegner vereinigen, denn auch gegenüber der condictio furtiva muß die actio doli als unzulässig erscheinen. Daß sie von dem Fall rechtskräftigen Erkenntnisses zu verstehen sei, wie die Glosse annimmt, dafür spricht ihr Inhalt nicht, da mit keinem Worte auf gerichtliche Ver-

nach fr. 25. pr. de probat. (22, 3.) [1]) die Beweisauflage bei der condictio indebiti dahin geschehen soll, daß eine justa ignorantiae causa vorgelegen, oder daß man per dolum accipientis zur Zahlung des indebitum veranlaßt sei, so sollte billigerweise darüber kein Zweifel mehr sein können, daß der dolus des Empfängers so wenig die condictio indebiti, wie den Eigenthumsübergang hier hindere, da der in dieser Quellenstelle gedachte dolus offensichtlich nur die Tradition und nicht die causa betreffen kann, weil sonst die condictio nicht Platz gegriffen hätte.

Daß es endlich an einem der wichtigsten Requisite des furtum für den ventilirten Fall, nämlich an dem invito domino, fehlt, soll hier nur ausgesprochen werden, da Zickermann l. c. dies Moment zur Widerlegung der irrigen Ansicht genügend benutzt, und den Mangel des angegebenen Requisites hinlänglich nachgewiesen hat. So wie denn auch bei dem Genannten die betreffenden Gesetzesstellen, die zu der Controverse Anlaß gaben, fast durchweg richtig interpretirt sind, so daß hier eine Verweisung ausreicht.

2. Die condictio causa data, causa non secuta.

Diese condictio ist stets bei der Lehre des Eigenthumsvertrages von den Gegnern unberücksichtigt geblieben,

---

handlung hingewiesen wird, und das „persuaserit" den Gedanken an eine solche, so wie an ein vertragsweises Binden, ausschließt.

[1]) — — et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum sit, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

und hat dieſer Irrthum leider die bedenklichſten Folgen gehabt, wenn auch nicht in der Lehre des Obligationenrechts, ſo doch in der Lehre des Eigenthums. Man ſollte in Anbetracht dieſer condictio billigerweiſe nicht darüber zweifeln, daß das Sein oder Nichtſein der causa nicht mit dem Sein oder Nichtſein der traditio zuſammenfallen müſſe, wie dies namentlich Sell „Bedingte Traditionen S. 12., in specie not. 1" behauptet, und wie auch v. Vangerow l. c. Bd. 1. §. 96. auszuführen ſucht, wenn auch beide Autoren hinterher die geſtellte Behauptung wieder zurücknehmen. Dieſe Anſicht hängt nämlich mit der weit verbreiteten, nach unten §. 9. auch gegen v. Savigny zu rügenden Behauptung zuſammen, daß das Bedingtſein der causa ein Bedingtſein der in Folge derſelben geſchehenen traditio nothwendig mit ſich führt. Es könnte aber höchſtens die Behauptung, daß das Bedingtſein der causa in dubio, präſumtiv, ein Bedingtſein der traditio nach dem Willen der Contrahenten zur Folge habe, aufgeſtellt werden, aber auch dieſe Behauptung iſt nicht zu billigen, im Gegentheil die Lehre der hier zur Frage ſtehenden condictio zeigt, daß regelmäßig die traditio von dem Bedingtſein (dem Sein oder Nichtſein) der causa gänzlich unabhängig iſt. Gegen dieſe Anſicht wird man ſich nicht mit v. Vangerow darauf berufen wollen, daß es für die ſpätere Zeit dem Erwerber an der justa causa, was nach den Geſetzen nicht möglich ſei, fehle. — Ein weiteres Eingehen auf dieſe condictio iſt hier indeß überflüſſig, und will ich nur noch namentlich darauf verweiſen, daß ſie auch beſtimmt war, das ganz willkührliche Neurecht bei den Inno-

minatcontracten im römischen Rechte auszuüben, so daß es also dem Tradenten freistand, durch seinen Willen die causa hinfällig zu machen, und er dennoch gezwungen war, sein weggegebenes Eigenthum mit einer persönlichen Klage zurückzufordern.

3. Die condictio ob turpem vel injustam causam.

Auch diese, bisher bei der behaupteten justa causa traditionis stets außer Acht gelassen, zeigt schon ihrem Namen nach, daß eine justa causa Requisit des Eigenthumsvertrages nicht ist. Geschah das Geben mit einem von turpitudo behafteten Zwecke, oder in Anlaß einer mit turpitudo behafteten obligatio, so ward unzweifelhaft das Eigenthum übertragen. Der Eigenthumsübergang ist sogar unwandelbar, wenn beide Parteien in turpitudo versirten, und nur dann, wenn die turpitudo dem Empfänger allein zur Last gelegt werden kann, ist dem Geber gestattet, das durch Geben verlorene Eigenthum mit einer persönlichen Klage zurückzufordern.

4. Die condictio sine causa.

Diese letzte hier zu betrachtende condictio zeigt endlich schon durch ihren Namen, daß der Eigenthumsübergang auch ohne alle causa geschehen kann, so daß man kaum zu begreifen im Stande ist, wie neben dieser condictio, soweit sie eine condictio datorum ist, die Irrigkeit der alten Lehre, daß es zum Existentwerden des Eigenthumsvertrages einer causa bedürfe, sich erhalten konnte. — Alle dieser condictio angehörigen Fälle hier näher zu erörtern, kann nicht unsere Absicht sein, jedoch dürfte es zweckdienlich erscheinen, einen Blick auf einige Richtigkeitsfälle der obligatio zu werfen. — Was

die Fälle, wo gesetzlich die Nichtigkeit der Obligation festgestellt ist, anlangt, so ist bei denselben genau darauf zu achten, ob der gesetzliche Inhalt nicht weiter greift, d. h. ob er nicht möglicherweise auch außer der obligatio die in Folge derselben zu beschaffende solutio, die eine traditio sein kann, für nichtig erklärt, cfr. unten §. 21. Nicht jede gesetzliche Nichtigkeitserklärung aber der obligatio führt die Nichtigkeit der in Grundlage derselben geschehenen Tradition mit sich, und es ist daher auf den Umfang der gesetzlichen Nichtigkeitserklärung genau zu achten, was oft übersehen ist. Als hierher gehörige Fälle mögen erwähnt werden die Zahlung der Spielschulden (nach R. R.), die Zahlung der Zinsen ultra modum (obgleich dieser Fall und vielleicht auch der vorige richtiger unter die condictio ob injustam causam zu stellen sind), sowie die Zahlung aus einem gerichtlich nicht bestätigten Transacte wegen legirter Alimente[1]). Ob auch der Fall einer Uebertragung des Eigenthums mit Verletzung der Lex commissoria beim Pfandvertrage hierher oder richtiger unter die condictio ob injustam causam gehört, kann zweifelhaft erscheinen, es dürfte indeß anzunehmen sein, daß auch hier nur der Abschluß der obligatio, also nur die Beredung der Lex commissoria, für nichtig erklärt ist. — In Betreff der Fälle der Nichtigkeit der Obligation dagegen, wo nicht gesetzliche Bestimmung diese herbeiführt, sondern der

[1]) L. 3. C. de abat. (3, 43.) — L. 18. C. de usuris (4, 32.)— fr. 8. de transact. (2, 15.), fr. 23. §. 2. de condict. indeb. (12, 6.) L. 8. C. de transact. (2, 4.)

Inhalt, der für die obligatio nothwendig war, ſich in der Beredung der Parteien nicht findet, mag hier zunächſt das fr. 59. §. 2. fin. de jur. dot. (23, 3.) und die L. 6. C. si quis alteri vel sibi (4, 50.)[1]) nur erwähnt werden. Brauchu l. c. hat ſchon genügend nachgewieſen, daß hier trotz der Nichtigkeit der causa der Eigenthumsübergang vor ſich geht, und daß namentlich die letztere Stelle ganz unbekümmert um die obligatio ſagt: „in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est“, iſt überdies auch von Warnkönig, der auf Donell verweiſet, richtig hervorgehoben. In gleicher Weiſe iſt die Nichtigkeit der obligatio bei Hinzufügung einer unmöglichen Bedingung im fr. 9. §. 6. de R. C. (12, 1.)[2]) ausgeſprochen, und dennoch, da die

[1]) fr. 59. §. 2. cit.: Ejus nomine quae libera videbatur decem in dotem dedisti, — — — Igitur si mulieri donaturus dedisti, dominus condicet, quemadmodum si eum, qui sibi donaturus esset, mulieri ipsam donari jussisset. — L. 6. C. cit. Multum interest, utrumne uxore tua comparante pecuniam numerasti eique possessio tradita est, an contractu emtionis a te nomine tuo habito, tantum uxoris nomen post instrumentis inscribi feceris. Nam si quidem uxor tua nomine suo emit, eique res traditae sunt, nec in te quidquam de his processit, non nisi de pretio adversus eam, in quantum tu pauperior, et illa locupletior facta est, habes actionem. Quodsi tu quidem emisti, et tibi tradita est possessio, tantum autem nomen uxoris quondam tuae instrumento inscriptum est, res gesta potior, quam scriptura habetur. Si vero ab initio, negotium uxoris gerens, comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesiisti, dum quae tibi non vis, nec illi potes. Quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est.

[2]) Idem quaeri potest, et si, quod tibi numeravi, sub impossibili conditione stipuler; quum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.

condictio anerkannt wird, der Eigenthumsübergang angenommen, indem nur die obligatio, nicht auch die gleichzeitig, aber in Folge derſelben, geſchehene traditio als von der unmöglichen Bedingung afficirt betrachtet wird. Wie Sell l. c. S. 92. dieſe Stelle citiren und dennoch, cfr. auch S. 12. eod., lehren konnte, daß das definitive Sein und Nichtſein beider, der causa und der traditio, bei hinzugefügter Bedingung von deren Erfolge abhänge, iſt nicht einzuſehen. — Endlich mag hier als Fall der Nichtigkeit einer obligatio, eben wegen ihres Nichtzuſtandekommens, das fr. 36. de acqu. rer. dom. (41, 1.) erwähnt werden. Haben beide Contrahenten verſchiedene Obligationen gewollt, hat der Eine alſo ein Schenkungsverſprechen beabſichtigt, und der Andere einen Darlehnsvertrag ſchließen wollen, ſo kann wegen mangelnder Uebereinſtimmung der Willen keine dieſer beiden Obligationen zu Stande kommen. Dennoch wird man aber, wenn in Grundlage dieſer Willen die Tradition geſchieht, annehmen müſſen, daß, das Eigenthum zu geben und zu nehmen, die Abſicht der Parteien war, indem dies, obgleich keine obligatio zu Stande kam, aus dem Willen beider Parteien, die ſich zur Eigenthumsübertragung verpflichtet, reſp. zum Eigenthumsnehmen berechtigt hielten zu ſchließen iſt. Daß das fr. 18. pr. de R. C. (12, 1.) mit dem fr. 36. cit. nicht übereinſtimmt, muß zugegeben werden, eine Vereinigung beider Stellen wird wohl nie gelingen, und es wird wohl richtig ſein, anzunehmen, daß das fr. 18. cit., wie dies ſchon ſeine Stellung in dem Tit. de R. C. zeigt, nur mit der Frage nach der Exiſtenz der obligatio beſchäftigt iſt, und alſo

nur die Möglichkeit einer Rückforderung des verlornen Eigenthums durch persönliche Klage im Auge hat[1]). Das anscheinend mit der letzteren Stelle übereinstimmende fr. 25. §. 1. fin. de usuf. (7, 1.) läßt sich anderweitig, nämlich dadurch genügend erklären, daß zu der dem Sclaven gewährten Administration die dort zur Frage stehende Eigenthumsübertragung nicht mehr gerechnet werden kann.

Hiemit dürfte schon aus der Condictionen-Lehre genügend, so weit dies zu erwarten war, dargethan sein, daß die justa causa als objectives Requisit für den Eigenthumsvertrag nicht hingestellt werden kann.

Daß die justa causa nur eine juristische Thatsache ist, aus welcher man nur etwa den Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, bei geschehener traditio zu folgern berechtigt erscheint, dürfte nun aber namentlich auch noch daraus erhellen, daß bei erfolgter ausdrücklicher Erklärung, weil es dann einer Interpretation nicht mehr bedarf, auf die causa gar keine Rücksicht genommen wird, da aus ihr in diesem Fall ein Schluß auf den Willen, Eigenthum zu

---

[1]) Diesem hier besprochenen Fall der Negation einer obligatio steht der des fr. 32 de R. C. (12, 1.) nicht gleich. Diese Stelle beruht auf dem Satze, daß bei dem error in persona ein Vertrag nicht zu Stande kommt, und leugnet daher consequent nicht blos das Vorhandensein der obligatio, sondern auch des Eigenthumsvertrages.

Der Eigenthumsübergang geschieht also durch den Willen nicht, sondern erst etwa durch die Consumtion, die für diesen Fall anerkannte condictio kann daher nicht die condictio causa data c. n. s., wie Savigny System Bd. 3. §. 136. Text vor not. 9. S. 271. annimmt, sein, da diese condictio stets eine condictio datorum ist, — sondern nur die condictio sine causa als condictio non datorum, vgl. auch Savigny System Bd. 4. §. 161.

geben und zu nehmen, unſtatthaft iſt. Dieſer Grund und nur dieſer ſcheint die Entſcheidung des fr. 14. de Publiciana in rem act. (6, 2.)[1]) vollſtändig zu rechtfertigen. Nach derſelben giebt der Eigenthümer einem Dritten als ſeinem Mandatar den Auftrag, daß er ſein, des Mandanten, Eigenthum verkauft und demnächſt dies Eigenthum übertrage. Der Mandatar erfüllt den erſten Theil des Auftrags, ſchließt alſo den zur Eigenthumsübertragung verpflichtenden Kaufcontract ab, und er, oder ſein Mandant, erhält auch den Kaufpreis gezahlt. Dies Letztere iſt nothwendig, mit der Gloſſe, zu ſubintelligiren, da ſonſt nach fr. 1. §. 2. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.)[2]) die, hier durch exceptio auszuſchließende, rei vindicatio Anwendung gefunden haben würde. Nach Zahlung des Kaufpreiſes befiehlt der aus der emti quasi institoria actio zur Eigenthumsübertragung verpflichtete Mandant, daß die Eigenthumsübertragung nicht erfolgen ſoll. Der Mandatar nimmt trotz der „denunciatio“ die Tradition dennoch vor, aber der Eigenthumsübergang iſt die Folge dieſer Tradition nicht,

---

[1]) Papinianus libro VI. Quaestionum scribit: „Si quis prohibuit vel denunciavit, ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilominus tradiderit, emtorem tuebitur Praetor, sive possideat, sive petat rem.“ Sed quod judicio emti praecurator emtori praestiterit, contrario judicio mandati consequetur. Potest enim fieri, ut emtori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti si auctor meus non ex voluntate tua vendidit.

[2]) Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur, me mandasse, ne traderetur ante, quam pretium solvatur.

wie dies die Vertheidiger der Nothwendigkeit einer justa causa behaupten müßten, ſondern nur der Prätor kann den Empfänger durch exceptio oder actio publiciana ſchützen, denn das Eigenthum iſt nicht übergegangen, weil der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nach ausdrücklicher Erklärung (auch wohl an den Käufer gerichtet nach dem „denunciavit“) fehlte. Dieſe Quellenſtelle, wie es von jeher mit der Gloſſe geſchehen, dadurch zu erklären und ihre Stellung zu rechtfertigen, daß man eine res aliena des Verkäufers, als zur Frage ſtehend, betrachtet, würde ſchon deshalb bedenklich ſein, weil dieſe Eigenſchaft mit keinem Worte in der Stelle erwähnt iſt. Aber dieſe Erklärungsart iſt auch unrichtig, da am Schluß der Stelle von der Möglichkeit, daß der Verkäufer die Sache mit einer Klage dem Käufer ablange, geredet wird, jene gedachte Klage wird gewiß als die rei vindicatio betrachtet werden müſſen, (denn eine Publiciana actio, an die man vielleicht auch denken könnte, würde wohl nicht durch exceptio, ſondern durch Negation hier elidirt worden ſein), und man würde alſo, um jene Behauptung aufrecht zu erhalten, noch weiter zu ſubintelligiren haben, daß der Verkäufer erſt nach dem Verkauf Eigenthümer geworden ſei,[1]) eine Annahme, die wieder durch den Inhalt der Quellenſtelle wenigſtens nicht beſtätigt wird. — Sollte dieſe Stelle urſprünglich von der traditio einer res mancipi reden, ſo würde die diesſeitige Erklärung derſelben wegen ihrer jetzigen Stellung nichts an ihrer Beweiskraft verlieren, ſondern der Beweis aus ihr dennoch erbracht ſein, daß die traditio ex justa causa

[1]) cfr. fr. 17. de evictionib. (21, 2.)

(Kauf pretio soluto) das Eigenthum nicht überträgt, wenn der gegentheilige Wille erklärt und daher ein Schluß aus der justa causa auf den Willen ungerechtfertigt ist.[1])

Hiemit mag die allgemeine Bestätigung der Behauptung, daß justa causa kein Requisit des Eigenthumsver-

---

[1]) Das fr. 18. de solut. (46, 3.), wo das furtum domino wohl wegen fr. 3. §. 12. de don. inter vir. et ux. (24, 1.) fr. 44. und namentlich fr. 52. §. 11. de furtis (42, 2.) unbedenklich auf den dominus pecuniae zu beziehen, und in welchem der umgekehrte Fall der Zurücknahme des Empfangsmandates von dem dominus behandelt wird, steht dieser Ansicht nicht entgegen. Diese Gesetzesstelle erhält ihre richtige Erklärung durch fr. 38. eod., wonach zu unterscheiden ist, ob der frühere procurator das Gezahlte für den dominus oder für sich (lucrandi causa) hinnahm, vorausgesetzt natürlich immer, daß der Zahlende um den Widerruf des Empfangsmandates nicht wußte. In jenem Fall soll nun der Schuldner ipso jure, in diesem nur ope exceptionis gegen Cession seiner Klage frei werden. Daß ihm dies gestattet wird, interessirt hier nicht, und ist hier so wenig näher zu begründen, als einer solchen Begründung der Fall bedarf, wo der Schuldner nur ope exc. frei wird, denn dieser steht mit der Behauptung des Textes im Einklang. Was den entgegengesetzten Fall aber anlangt, so liegt in demselben, wie auch schon das R. R. anerkennt, cfr. fr. 41. de R. C. (12, 1.), offensichtlich eine negotiorum gestio vor, und es ist daher consequent, daß der dominus den Eigenthumsübergang durch ratihabitio für sich vervollständigen und so eine wirkliche Zahlung herbeiführen kann, fr. 42. §. 1. de poss. (41, 2.), und ward er daher auf diesen Weg, als einen für ihn nothwendigen, gewiesen. Ob der gestor auch noch zur Zeit der ratihabitio den Willen, den dominus zu vertreten, haben muß, oder ob nur sein anfänglicher Wille entscheidet, kann zweifelhaft erscheinen, so wie denn dieser Punct überhaupt noch zu den controversen im Rechte gehört, cfr. Buchka Stellvertretung §. 19. S. 211. ff.; mir scheint, daß die Befreiung ipso jure nur dann sich theoretisch rechtfertigen läßt, wenn der gestor bis zur ratihabitio hin bei seinem Willen verharrte, also bis dahin den animus lucri faciendi nicht faßte und bethätigte. Das Gegentheil beweiset auch nicht das fr. 58. pr. de solut. (46, 3.).

trages sei, geschlossen werden, und wir wollen nur noch kurz auf eine Analogie hier verweisen, nämlich auf die der Cession. Die Vergleichung dieser beiden Rechtsinstitute hat freilich leider schon zu manchen Irrthümern geführt, und mußte auch dazu führen, wenn man nicht gleichzeitig die unendliche Verschiedenheit beider anerkannte. Während nämlich die Tradition (als Eigenthumsvertrag gedacht) die Uebertragung eines Rechtes betrifft, soll durch die Cession nur die Ausübung eines Rechtes zum selbst eignen Rechte übertragen werden. Darin eben liegt die Verschiedenheit beider Rechtsinstitute, nicht aber beschränkt sich die Cession, wie man nach der Stellung dieser Lehre im System bei den Rechtslehren glauben könnte, auf das Obligationenrecht; sie findet ihre Anwendung auch beim Pfandrecht, beim Erbrecht, und namentlich bei der Personal-Servitut des usus fructus, und außerdem können endlich, wo das Recht eine Uebertragung zuläßt, die Klagen cedirt werden. — Bei der Cession dürfte es nun anerkannt sein, daß von einer justa causa als Requisit derselben nicht geredet werden darf, der Umstand aber, daß von dieser nicht die Rede ist, möchte namentlich darin seinen Grund finden, weil dieses Rechtsgeschäft in den bei weitem meisten Fällen schriftlich und daher ausdrücklich abgeschlossen wird. — Dort, wo bei der Cession, nämlich wegen der Lex Anastasiana, die causa relevant wird, zeigt sich freilich der Einfluß des irrigen Zusammenwerfens der causa mit dem Act der Cession gleichfalls, so nimmt z. B. v. Vangerow, Pdtn. Bd. 3. §. 576., Anm. 2. S. 131. an, daß die Höhe des gezahlten Kaufschillings auch durch die Cessionsurkunde bewiesen werden könne, da es sich hier um eine Disposition

handle, und überſieht dabei, daß die Dispoſition nur den Act der Ceſſion, nicht auch den Empfang des Kaufſchillings betrifft, — und ſo lehrt Puchta, Vorleſungen §. 285, auf die Auctorität Brackenhoeft's, daß der Ceſſionar zu ſeiner Legitimation gegen den debitor cessus außer dem Acte der Ceſſion auch die causa beweiſen müſſe, obgleich doch wohl Niemand daran denken kann, den Ceſſionar, der durch eine, die causa nicht erwähnende, als echt anerkannte Urkunde das ausdrückliche Erfolgtſein der Ceſſion bewieſen, auch noch mit dem Beweis der causa zu belaſten, cfr. übrigens für die richtige Anſicht „Sammlung von Entſcheidungen in Frankfurter Rechtsſachen" (1855.) Bd. II. S. 161. — Von den vorhin erwähnten irrigen Anſichten abgeſehen, wird nun in der Ceſſionslehre allgemein anerkannt, daß die Ceſſion von der Exiſtenz einer justa causa nicht abhänge, und es hat nur leider die richtige Erkennung dieſes Satzes zu anderweitigen Irrthümern geführt, indem man, weil die causa nicht berückſichtigt wurde, die Haftpflicht des Cedenten gegen den Ceſſionar nicht, oder wenigſtens nicht lediglich, nach der unterliegenden causa, ſondern vorzüglich aus dem Acte der Ceſſion glaubte beantworten zu können. Dieſer Irrthum iſt ziemlich gründlich widerlegt von A. Schliemann „Die Haftung des Cedenten" (Roſtock 1848 und 1850). Es hatte dieſer Irrthum ſeinen Grund wohl namentlich darin, daß, was nur rechtshiſtoriſch zu erklären war, der Act der Ceſſion von den Römern unter den Geſichtspunct der ausgebildeten Specialobligation des Mandats geſtellt wurde. Einen obligatoriſchen Vertrag bildet ſie ja allerdings, aber jene Stellung mußte auf die Idee führen, daß die Pflichten und Berech-

tigungen aus dem Mandatsvertrage hier Anwendung fänden, was doch nimmermehr gebilligt werden kann. Dies ist richtig ausgeführt bei Schliemann l. c. S. 16., aber dennoch ist Schliemann nicht ganz frei von dem alten Irrthum geblieben, denn wenn er Seite 10 und 11 sagt, es solle nur die Haftung des Cedenten für die Fälle, wo der Cessionar vom debitor cessus seine Befriedigung nicht erhalte, untersucht werden, und daneben meint, daß die übrigen Verpflichtungen des Cedenten sich mit den Worten: „Die Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar nicht nur nicht zu hindern, sondern sie ihm, soweit die Mittel dazu in seinen Händen sind, möglich zu machen, weiter alles Das herauszugeben, was er nach der Cession oder der Verpflichtung zu derselben von dem Schuldner durch directe oder indirecte Leistung empfangen hat", erschöpfend bezeichnen ließen, so erhellt das Irrige dieser Ansicht schon aus der Betrachtung der Fälle, wo indebite, oder causa data causa non secuta, oder ob turpem vel injustam causam, oder endlich gar sine causa cedirt worden ist. Auch dieser Theil der Haftpflicht des Cedenten wird also nur aus der causa beurtheilt werden können, und man sollte billigerweise von einer Haftpflicht aus der Cession selbst ebensowenig, wie aus der Tradition reden, wenn man bedenkt, daß schon das römische Recht selbst den Gesichtspunct des Mandats für die Cession verlassen und in fr. 42. §. 2. de procurat. (3, 3.)[1]) ausdrücklich gesagt hat: „Aliquando tamen non

[1]) Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati, sicut evenit, quum in rem

contrahitur obligatio mandati, sicut evenit, quum in rem suam procuratorem praestamus", vgl. auch fr. 66. §. 2. de evicti (21, 2.) und fr. 49. pr. inf. solut. mat. (24, 3.). — Man war alſo in der Ceſſionslehre nur in den gegentheiligen Irrthum verfallen, daß man, eben weil die causa für den Act der Ceſſion nicht zu berückſichtigen iſt, dieſe causa nun auch ſogar für die Frage nach der Haftpflicht unberückſichtigt ließ.

§. 6.

B. Einzelne bisher als justae betrachtete causae.

Es kann nicht erwartet werden eine erſchöpfende Darſtellung aller als justae betrachteten causae traditionis; das würde zu weit führen, es iſt nur darauf abgeſehen, die wichtigeren Fälle, ſowie diejenigen näher zu erörtern, wo die alte Lehre zu Irrthümern geführt hat, und werden in den letzteren Fällen auch wieder nur einige der bedenklichſten Irrthümer beſprochen. Leicht iſt es möglich, daß Manche, die die Nichtnothwendigkeit der justa causa bei dem Eigenthumsvertrage anerkennen, mit einzelnen aufgeſtellten Reſultaten nicht übereinſtimmen, weil dieſe vielleicht auch theilweiſe irrig ſind, denn es handelt ſich hier lediglich um die Interpretation juriſtiſcher Thatſachen, und wenn Neracius fr. 2. de jur. et facti ign. (22, 1.) ſagt: „facti

---

suam procuratorem praestamus, eoque nomine judicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, cum fidejussor reum procuratorem dedit.

interpretatio plerumque et prudentissimos fallat", ſo wird man mir Irrthümer bei der aufgeſtellten Interpretation gewiß verzeihen müſſen.

§. 7.

1. Darlehn.

Zu beſonderen Betrachtungen giebt einen Anlaß eigentlich nur der Darlehns-Vorvertrag (dieſen Ausdruck auf die Auctorität Thöl's ſtatt des Ausdrucks pactum de mutuo contrahendo gebraucht). Bei dem ſofort effectuirten Darlehn wird ſelten eine Veranlaſſung für die Parteien ſein, trotz der Tradition das Eigenthum zu reſerviren, und da die Pflicht, Eigenthum zu geben, unzweifelhaft iſt, ſo kann, beſonders in Anbetracht des Umſtandes, daß der zu tradirende Gegenſtand fungibel iſt, kein Zweifel daran ſein, daß der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, bei der Tradition vorgelegen, obgleich freilich die Möglichkeit, daß der Wille der Parteien ein anderer ſei, und daß ſie daher wenigſtens zeitweilig etwas Anderes feſtſetzen, nicht ausgeſchloſſen iſt. Geht dem Darlehn ein Darlehns-Vorvertrag voraus, ſo kann die Erfüllung des letzteren Vertrages, ohne daß damit das Eigenthum übergehen, alſo das Darlehn entſtehen ſolle, erfolgen, indeß wird freilich in dubio die Abſicht der Parteien die geweſen ſein, daß die Erfüllung des Vorvertrages das Eigenthum geben und damit den Darlehnsvertrag ſchaffen ſolle. Der gegentheilige Wille, der aber auch hier möglich iſt, findet ſeine quellenmäßige Anerkennung im fr. 4. pr. und fr. 10. de R. C. (12, 1.)[1]),

[1]) fr. 4.: Si quis nec causam nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia desideraveris mutuam pecuniam,

nach welchen Quellenſtellen das darzuleihende Geld beim Erwerber vorerſt deponirt wird, deponirt aber in Anlaß des künftigen Darlehns. Dieſer Umſtand iſt in der nachfolgenden Entſcheidung des fr. 4. cit. wohl nicht unberückſichtigt geblieben. — Es heißt nämlich daſelbſt, daß der Empfänger das periculum auch ſchon während der Zeit, wo er nur Depoſitar ſei, trage. An ein depositum irregulare zu denken, und daraus dieſe Entſcheidung zu rechtfertigen, iſt man durch den Inhalt der Stelle nicht veranlaßt, wie ſchon richtig Sell l. c. S. 58. hervorhebt, und auch die Suppoſition einer obligatio alternativa, die bei Mommſen „Ueber die Unmöglichkeit der Leiſtung" S. 282. not. 23. gemacht wird, und die theilweiſe auf die vorerwähnte Anſicht zurückführt, iſt durch die Begründung der Entſcheidung in der Stelle nicht zu rechtfertigen. Man kann den Inhalt der Entſcheidung auch wohl nicht dadurch erklären, daß man ſich auf den Satz beruft, es werde durch das Drängen (alleinige Veranlaſſunggeben — Anſtoßgeben) zu einem Geſchäfte die Haftpflicht gleichwie durch Vertrag von culpa lata und culpa quam suis auf culpa levis, resp. von dieſer auf casus erhöhet. Allerdings iſt es richtig, daß dies unter Umſtänden wenigſtens der Fall iſt, — z. B. jenes beim depositum im Intereſſe des Ge-

---

nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, et si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit. — fr. 10.: Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam in debitum iri non est certum.

bers, fr. 1. §. 35. dep. (16, 3.) und bei der actio tutelae, fr. 53. §. 3. de furt. (47, 2.), dieſes bei der neg. gestio, fr. 11. de neg. gest. (3, 5.), und nach der Anſicht Mancher beim Trödelvertrage fr. 11. pr. de R. C. (12, 1.), — ſo daß man darnach beim depositum im Intereſſe des Empfängers, dem Fall des fr. 4. pr. cit., die Haftpflicht auf casus erhöhet betrachten könnte. Aber genau genommen hat dieſer Ideengang die Entſcheidung wohl nicht herbeigeführt. Es heißt nämlich in der Stelle ausdrücklich, daß der Empfänger das Darlehn nicht eher gewünſcht, als bis es gewiß ſei, daß er deſſelben bedürfe, ſonach drängte er nicht zum depositum, ſondern zu dieſem kam es aus äußeren Veranlaſſungsgründen in der Perſon des Gebers. Das Entſcheidende wird dann auch in der Stelle eben darauf gelegt, daß der Empfänger den Anſtoß zum Darlehn gegeben, und der Darleiher nicht die Abſicht gehabt habe, Geld zu verleihen, dieſer Umſtand iſt nun aber wieder beim Darlehen nicht entſcheidend, und ſomit kann dieſe Erklärungsart nicht befriedigen. Sie läßt ſich auch nicht dadurch aufrecht erhalten, daß durch das Anſtoßgeben zum Darlehen der Anſtoß zum Depoſitum gegeben ſei, denn wenn dies in gewiſſer Hinſicht auch richtig iſt, ſo dürfte in concreto die Sache anders ſtehen, da der Empfänger das Geld ſofort nicht wollte, und nur die Reiſe des Darleihers das Depoſitum herbeiführte. — Sieht man ſich nun nach einer andern Erklärungsart um, ſo läßt ſich wohl behaupten, es ſei der Umſtand entſcheidend geweſen, daß Darlehnshalber das Geld dem Empfänger vor der definitiven Entſcheidung über das Exiſtentwerden des Vertrages hingegeben ward, und daß die Re-

geln des depositum, — deſſen Rechtsfolgen die Parteien gar nicht im Auge hatten, — ganz außer Acht gelaſſen ſind. Nimmt man dies an, ſo mußte, auch ohne Rückſicht darauf, ob ſofort Eigenthum übertragen ward oder nicht (denn dies entſcheidet ja überhaupt nicht), den Empfänger das periculum des erhaltenen Geldes treffen. Es würde alſo darnach derſelbe Grund wie beim Kaufcontract in den unten §. 11. sub No. 2. a et b. zu erörternden Fällen, cfr. fr. 16. de peric. et comm. (18, 6.) §. 11. not. 8, zur Entſcheidung geführt haben. Daß der Darlehnsvorvertrag vielleicht nicht rechtsverbindlich war (was indeß auch nicht geſagt iſt), konnte bei der geſchehenen Erfüllung des Vertrages die Entſcheidung nicht hindern, und daß er (während im fr. 16. cit. wahrſcheinlich eine obl. speciei vorausgeſetzt wird) eine obligatio generis enthält, iſt gleichfalls unbedeutend, da bei einer ſolchen von der ordnungsmäßigen Ausſcheidung aus dem genus an daſſelbe wie bei der obligatio speciei hinſichtlich der Haftpflicht gilt. Mußte nun unter letzterer Vorausſetzung den Empfänger, auch ohne daß er ſofort Eigenthümer ward, das periculum treffen, ſo ließ ſich nun aber in concreto die Frage aufwerfen, ob ordnungsmäßig ausgeſchieden ſei. In jenem Requiſite der Ordnungsmäßigkeit liegt auch das der Rechtzeitigkeit, es darf nämlich nicht vor der Zeit ausgeſchieden werden, indem kein Contrahent durch vorzeitige Ausſcheidung dem anderen Obligationsintereſſenten das periculum in dubio früher aufbürden darf, als die Leiſtungszeit da iſt. Dieſer Satz ſchien nun vielleicht dem Ulpian verletzt, namentlich da der Empfänger noch ſpeciell beredet, daß er das Darlehn erſt für eine ſpä-

tere Zeit wolle, und da nur durch äußere Veranlaſſung in der Perſon des Gebers es zum früheren Geben des Geldes gekommen war, ſo daß aus dem Nehmen des Geldes ihm der Schluß nicht gerechtfertigt erſchien, als habe der Empfänger dieſe Ausſcheidung für eine rechtzeitige gelten laſſen wollen. Deshalb bedurfte es nach ihm vielleicht in concreto einer weiteren Begründung, um demſelben das periculum ſofort aufzubürden, und dieſe Begründung entnahm er dann dem Umſtande, daß der Darleiher das Darlehn nicht geſucht habe. Cfr. übrigens das fr. 11. pr. de R. C. (12, 1.).

§. 8.

2. Innominat-Contracte — Trödelvertrag.

Bei den Innominat-Contracten iſt es unbedenklich, aus der erfolgten Tradition, wenn es ſich um den Tauſchvertrag im engeren Sinne handelt, den Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, als vorliegend anzuſehen, eben wegen der aus dem Tauſchvertrag originirenden Pflicht zur Eigenthumsübertragung. Daß aber auch hier ein gegentheiliger Wille gedenkbar iſt, läßt ſich nach dem beim Darlehn Geſagten wohl nicht bezweifeln. Dieſe Lehre der Innominat-Contracte zeigt uns aber auch, und das ſoll hier erwähnt werden, wie Alles bei der traditio auf den animus, den Willen der Parteien, ankommt, und wie nach der Verſchiedenheit des bei der traditio vorliegenden Willens das durch dieſelbe erworbene Recht ein verſchiedenes iſt. So kann das Geben und Nehmen der Sache vielleicht nur die Detention verſchaffen, z. B. wenn es bloß ad in-

spiciendam vel experiendam rem, oder pretii explorandi causa geſchah, cfr. fr. 17. §. 2., fr. 20. pr. §. 1., fr. 1. §. 2. und fr. 17. §. 4. de praescr. verb. (19, 5.), — möglicher Weiſe aber auch den juriſtiſchen Beſitz ohne das Eigenthum, z. B. regelmäßig im Fall des precarium, denn, daß hier ſtets ein Innominat-Contract vorliegt, iſt von den römiſchen Juriſten in ſpäterer Zeit anerkannt, cfr. fr. 2. §. 2. und fr. 19. §. 2. de precar. (43, 26.), — und endlich auch das Eigenthum ſelbſt, z. B. beim Tauſchvertrage im engeren Sinne, zu dem auch der Fall der Quaſiususfructus, wenn die cautio usufructuaria (d. h. das Verbal-Verſprechen in Form einer stipulatio) verabſäumt iſt, nach fr. 10. praescr. verb. (19, 5.) gehört, obgleich freilich unter Fiction, als ſei eine stipulatio geſchloſſen, cfr. fr. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. (7, 5.), nach römiſcher Anſchauung auch eine condictio Platz griff.

Was nun den Trödelvertrag, den man nach römiſchem Rechte auch wohl unter die Innonimat-Contracte ſtellen kann, obgleich freilich auf dieſe Stellung kein Gewicht gelegt werden ſoll, in specie anlangt, ſo iſt es bekanntlich ſehr controvers, ob die zu vertrödelnde Sache in das Eigenthum des Trödlers kommt oder nicht. Daß die Entſcheidung dieſer Controverſe nicht von der Entſcheidung der Frage abhängt, wer die Gefahr trägt, wie Puchta Pdtn. §. 313. annimmt, iſt ziemlich allgemein anerkannt, da die Frage, wer trägt die Gefahr und wer iſt Eigenthümer, gar nichts mit einander gemein hat, und die erſtere Frage vorzüglich dort Bedeutung erhält, wo ein Anderer, als der Eigenthümer, die Gefahr trägt. Die Unrichtigkeit der Behauptung Puchta's wird aus der diesſeitigen Anſicht ſich noch dadurch unter-

ſtützen laſſen, das aus dieſem Umſtand, dem Tragen der Gefahr, weder für noch wider den Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, geſchloſſen werden kann. Im Gegenſatz gegen Puchta wird man nun aber den Eigenthumsübergang beim Trödelvertrage auch nicht negiren können mit Sintenis Civil R. Bd. 2. §. 117. not. 3. durch die Worte: „welches wäre denn auch die causa dieſes Geſchäfts und worin beſtände ſeine Gegenleiſtung.“ Es iſt dieſe Begründung lediglich der Theorie über die Nothwendigkeit der justa causa beim Eigenthumsvertrage entnommen, und, wie auch ſonſt nicht ſelten, wird hier gerade durch das beſtimmte Hervorheben der Conſequenzen einer irrigen herrſchenden Anſicht die Erkenntniß des Richtigen gefördert. Das wird auch Sintenis zugeben, daß der Eigenthumsübergang beim Trödelvertrag angenommen werden muß, wenn der hierauf gerichtete Wille ausdrücklich erklärt iſt, doch aber wird durch eine ſolche an der causa nichts geändert. Warum hat man denn auch nicht, wenn die Begründung von Sintenis richtig iſt, die Möglichkeit des Eigenthums-Uebergangs beim Trödelvertrage ſchlechterdings negirt, und ſo, was doch anſcheinend auch Sintenis nicht einmal will, die Controverſe von vorne herein abgeſchnitten. Trotz der bei der Tradition gelehrten, ſchlechterdings für den Eigenthumsübergang zu verlangenden, justa causa führte hier unbewußt der juriſtiſche Tact dahin, daß man nicht mit jener Lehre dieſe Controverſe abzuſchneiden ſuchte, erſt Sintenis hat dieſen gefahrvollen Weg betreten, aber er traut ſeinen Gründen ſelbſt nicht, wie dies ſchon daraus folgt, daß er ſeine Anſicht anderweitig zu begründen ſucht, oder wenigſtens auf die Begründung Anderer ſich beruft. —

Nach meiner Meinung wird also der Fall, wo der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, ausdrücklich erklärt ist (da hier unbedingt Eigenthum übergeht) aus der Controverse auszuscheiden sein. Erst dort, wo es an einer solchen ausdrücklichen Erklärung fehlt, beginnt das Feld derselben, und da ist dann die Entscheidung der aufgeworfenen Frage „ob Eigenthum übergehe" nur aus den umliegenden Verhältnissen des einzelnen Falles zu entnehmen, indem nur aus diesen sich genügend ermitteln läßt, ob der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, vorlag. Es wird sich also im Allgemeinen gar nicht, sondern nur mit Beziehung auf gewisse gegebene Verhältnisse, die Frage beantworten lassen, und es ist unmöglich, alle denkbaren Thatsachen, die hier vorkommen können, sei es einzeln oder combinirt, theoretisch im Voraus zu übersehen. Was aber den Fall, der hauptsächlich zur Controverse Anlaß gab, betrifft, wo nichts weiter vorliegt, als daß der Trödler die Sache empfing, und versprach, entweder die Sache zurückzugeben, oder den für sie fixirten Preis zu zahlen, so wird in dubio meiner Meinung nach der Eigenthumsübergang behauptet werden müssen.

Freilich liegen nicht ungewichtige Gründe für eine gegentheilige Ansicht vor, denn man kann sagen, daß eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung nicht bestehe, und daß schon deshalb der Eigenthumsübergang negirt werden müsse. Man kann sich anscheinend auch weiter darauf berufen, daß die hier zur Anwendung kommenden Regeln des Kaufcontractes pretio non soluto (wenn man dieselben auch nicht, wie unten §. 11. auszuführen ist, als positive ansehen, sondern lediglich nur als Interpretations-

regeln für eine der Interpretation bedürftige Thatsache auffassen darf) schon zur Negation des Eigenthumsüberganges führen müßten, da sich nicht behaupten lasse, daß beim Trödelvertrage, wenn nur die angegebenen Thatsachen vorliegen, der Geber mehr als beim Kaufcontract pretio non soluto dem Erwerber (um mich dieses Ausdruckes zu bedienen) fides gewährt habe, oder in creditum gegangen sei. Ueberdies ist endlich namentlich auch das für die gegentheilige Ansicht angeführt, daß, wenn es zum wirklichen Verkaufe durch den Trödler kommt, und dieser daher den fixirten Preis zurückbringen muß, das Rechtsverhältniß so aufgefaßt werden muß, als habe der Eigenthümer an den Trödler und dieser an den Dritten verkauft und resp. das Eigenthum übertragen, sowie daß die Tradition vom dominus an den Trödler also in Grundlage eines Kaufs geschah, der überdies bedingt und hinsichtlich dessen das pretium nicht gezahlt war. — Hienach würde dann vielleicht schon anders entschieden werden müssen, wenn, neben der Fixirung des Preises und der Uebergabe der Sache, der Trödler den fixirten Preis sofort zahlte, um ihn zurückzuempfangen, wenn er die Sache zurückbringe.

Diese ganze Argumentation dürfte aber bei näherer Betrachtung theils unbedeutend, theils unrichtig sein. — Unbedeutend ist es, daß der anzunehmende Kauf als bedingter aufgefaßt werden muß, denn das Bedingtsein der causa hindert nicht den unbedingten Eigenthumsübergang in Grundlage derselben cfr. §. 5. no. 4. und §. §. 9. und 10. — Unbedeutend und theilweise unrichtig ist es, daß eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung nicht besteht, denn diese kann auch ohne solche Verpflichtung geschehen

(cfr. §. 15 ff.), und die Verpflichtung ist nicht ganz zu leugnen, da ja der vorliegende Kaufcontract dieselbe enthält, wenn auch freilich nicht schlechterdings als sofortige. — Unbedeutend und unrichtig ist weiter der Umstand der Nichtzahlung des Kaufschillings, denn allein entscheidet dies nicht, da ja creditirt sein kann, cfr. §. 11., und würde man überdies, wenn dies Argument bestimmend sein sollte, den Eigenthumsübergang erst dann als erfolgt ansehen können, wenn der Trödler den empfangenen Kaufschilling auch wirklich an den dominus ausgeantwortet hat. Wer kann aber dies behaupten? namentlich in Anbetracht des unzweifelhaften Rechtssatzes, daß der zum Verkauf legitimirte Mandatar, wenn er (wozu er regelmäßig befugt erscheint) den Kaufpreis empfangen, das Eigenthum durch Tradition überträgt cfr. fr. 14. de publ. in rem act. (6, 2.). Und wohin würde es führen, wenn man im Fall der Nichterfüllung des Trödelvertrages vom Trödler, den Dritten einer rei vindicatio des dominus aussetzte? — Unrichtig endlich ist das Argument, daß hier nicht mehr als bei einem gewöhnlichen Kaufe pretio non soluto dem Empfänger creditirt sei, ihm ist gerade starke fides gewährt, und eben deshalb muß in dubio behauptet werden, daß das Eigenthum übergegangen sei. Der Trödler ist nämlich nach dem Inhalt des Trödelvertrages, dessen Eigenthümlichkeit gerade hierin mit liegt, wie dies auch allgemein anerkannt wird, berechtigt, suo nomine den Kaufcontract mit dem Dritten abzuschließen, und daher auch suo nomine diesem das Eigenthum zu übertragen. Daher stehen dem Trödler nicht bloß die Berechtigungen eines Mandatars zu, sondern weitergreifende, da er, soweit der Trödel-

vertrag reicht, eine unwiderrufliche Befugniß hat, er ſchließt den Contract und überträgt das Eigenthum ganz nach ſeinem Willen, und wenn er dadurch ſeine contractlichen Pflichten gegen den dominus verletzt, ſo hat dieſer nur perſönliche Klagen gegen ihn. Z. B. wird Niemand dem Trödler die Befugniß abſprechen, daß er pretio non soluto das Eigenthum übertrage, alſo auf Credit verkaufe, da ſchon der institor (alſo Mandatar) eines Kaufmannes dieſe Befugniß in dubio hat, obgleich er alieno nomine handelt, cfr. fr. 5. §. 15. de instit. act. (14, 3.), wenn auch dem gewöhnlichen Mandatar die gleiche Befugniß nach fr. 1. §. 2. de exc. rei venditae et tr. (21, 3.) abzuſprechen iſt, ſo daß er in dubio auf Credit (um mich dieſes Ausdruckes auch hier zu bedienen) nur den Beſitz und damit das publicianiſche Recht gewähren kann. Dem dominus, der dem contractlichen Verhältniſſe zwiſchen Trödler und Käufer fremd bleiben will, kann nicht im Widerſpruch mit dieſem ſeinem Willen ſpäter auftreten dürfen, um, dem Contract entgegen, bei Verkauf auf Credit, die Sache zu vindiciren. Reicht nun aber des Trödlers Befugniß ſo weit, geſtattete der dominus ihm dieſe Befugniß, ſowie weiter das Recht, ganz nach ſeinem, des Trödlers, Willen die Sache wegzugeben, ſo läßt ſich doch wohl nicht mehr leugnen, daß dem Trödler fides gewährt ward, daß der dominus unbekümmert um ſein Eigenthum, daß er unter Nichtreſervation deſſelben die Sache tradirte, d. h. daß er durch Tradition, indem er in dem Empfänger und nicht in der Sache ſeine Sicherheit haben wollte, das Eigenthum weggab.

Wenn man übrigens, wie allgemein geſchieht, den

Trödler suo nomine mit dem Dritten contrahiren und suo nomine diesem das Eigenthum übertragen läßt, so anerkennt man ja auch den Uebergang des Eigenthums, also das Creditiren des Eigenthums, für den gewünschten und gewollten Fall des Verkaufs, und bestreitet für diesen Fall nur den Zeitpunkt des Rechtsactes. An Gründen, eine andere Ansicht für den Fall des Nichtverkaufs als für den des Verkaufs anzunehmen, fehlt es, und ebenso scheint es an allen Gründen zu fehlen, bei erreichtem Verkaufe den Eigenthumsübergang für die Tradition an den Trödler zu leugnen, und ihn dennoch bei der Tradition an den Dritten zu behaupten, denn um den fixirten Preis kann der Trödler ja auch hier den dominus nach dem oben Gesagten bringen. Der Gedanke an einen bedingten Kaufcontract pretio non soluto sollte hier billigerweise nicht weiter hindernd für die richtige Erkenntniß in den Weg treten, da der Trödelvertrag ein einfacher bedingter Kauf gewiß nicht ist, und da eben in den weiteren Momenten des Trödelvertrages ein Creditiren liegt.

Natürlich gilt diese Interpretation aber nur für den Zweifelsfall mangelnder anderweitiger Erklärung, sei sie eine ausdrückliche oder stillschweigende, durch andere neben den oben angegebenen vorgekommene Thatsache. Es kann also der Trödler, wenn die Parteien dies wollen, auch bloß Detentor oder bloß juristischer Besitzer, oder bloß bedingter Eigenthümer (sei es unter Resolutiv- oder Suspensiv-Bedingung) werden, wie dies namentlich die Analogie des Kaufcontractes und die Tradition in Grundlage desselben zeigt, cfr. §. 11.

§. 9.

3. Dos — besonders ante nuptias.

Bedeutender als alle diese Fälle ist für die richtige Erkenntniß unserer Ansicht das durch eine Dosbestellung hervorgerufene Rechtsverhältniß, sei es die solutio auf eine dotis promissio, oder die dotis datio. Die Lehre der dos, noch in so manchen Punkten der Berichtigung bedürftig, bedarf derselben auch hier, und wird sich deshalb eine ausführlichere Erörterung vernothwendigen; diese Erörterung wird aber auch, wie ich hoffe, da eben bei diesem Rechtsinstitut die Consequenzen der irrigen Lehre recht klar ausgesprochen sind, mehr als bei den übrigen vorgenannten causae dazu beitragen, die Irrigkeit der Ansicht, daß justa causa Requisit des Eigenthumsvertrages sei, klar zu Tage legen.

Bekanntlich kann die Dosbestellung erfolgen vor oder nach eingegangener Ehe. Der letztere, der regelmäßige, Fall giebt weniger zu Betrachtungen Anlaß, da bei demselben für die Parteien gewiß nur selten ein Grund vorliegen wird, bei dotis nomine erfolgter Tradition (dies Wort in seiner allgemeinen Bedeutung gebraucht) das Eigenthum zu reserviren, obgleich Gründe dafür möglicherweise vorkommen können. Ich brauche in dieser Hinsicht nicht bloß auf das beim Darlehn Gesagte zu verweisen, sondern auch dort, wo durch die Dosbestellung nur abgeleitete dingliche Rechte, z. B. emphyteusis, superficiis und namentlich usufructus (ein vielfach in den Quellen erwähnter Fall) entstehen sollen, kommt es ja zu einer

Tradition regelmäßig, und es wird Niemandem einfallen, hier den Eigenthumsübergang als geschehen zu behaupten, ohne daß man doch sagen kann, es sei die causa eine andere; nur in dem Willen liegt die Verschiedenheit. Aber diese Fälle lagen anscheinend zu nahe, um dieselben einer Betrachtung zu unterziehen. — Der erstere Fall der Dosbestellung ante nuptias hat für uns mehr Interesse, und er ist es eben, der in Nachstehendem eine weitläuftigere Erörterung erfahren soll.

Diese Dosbestellung ante nuptias nun kann, um es hier sofort anzugeben, geschehen durch dotis promissio oder dotis datio, und scheiden wir dabei aus unserer Betrachtung, soweit sie nicht indirect zur Beweisführung mitbenutzt werden, alle die Fälle aus, wo der Zweck der Dosbestellung nur der ist, abgeleitete dingliche Rechte zu constituiren, resp. constituirte solche dingliche Rechte, sei es dem Rechte oder der Ausübung nach, zu übertragen; sowie denn auch die Fälle nicht besonders erwogen werden sollen, wo andere Rechtsverhältnisse des Obligationenrechts, als das Dotal-Versprechen, also z. B. die Cession, die Delegation, der Erlaßvertrag (acceptilatio) zur Ausführung der Dosbestellung vorgenommen werden. — In den hienach allein in's Auge zu fassenden Fällen wird, dies giebt gewiß Jeder zu, durch die solutio resp. datio entweder das Eigenthum, oder der Besitz, oder gar endlich nur die Detention gewährt werden können. Was die Detention anlangt, so ist sie selbstverständlich nicht unmöglich, da eben die Ehe als noch nicht erfolgt gedacht wird, so können gewiß die Parteien, ähnlich wie bei dem beabsichtigten Darlehn, die Dotal-Objecte einstweilen beim Ehemann

deponiren (cfr. §. 7. und das über die parapherna unten im §. 19. Enthaltene), ſowie es denn auch möglich wäre, dem künftigen Ehemanne die Dotalſachen einſtweilen nur miethweiſe zu überantworten, cfr. §. 11. ad 2. ad b. und namentlich fr. 16. de peric. et comm. (18, 6.), fr. 20. §. 2., fr. 21. und 22. pr. locati (19, 2.), vergl. auch fr. 20. §. 1. praescr. verb. (19, 5.).

Dieſer Fall, daß bei einer Dosbeſtellung ante nuptias wegen noch nicht erfolgter Ehe der künftige Ehemann einſtweilen nur Detentor der Dotal-Objecte werden ſoll, wird nun aber im Nachſtehenden nicht weiter hervorgehoben werden, um nicht zu weitläuftig zu werden. Die Anwendung des Geſagten auf dieſen Fall macht ſich von ſelbſt, und wir beſprechen alſo nur die anderweitigen beiden Fälle, wo trotz der noch nicht zu Stande gekommenen Ehe die ante nuptias ſchon tradirten Dotal-Objecte entweder in das Eigenthum oder nur in den Beſitz des künftigen Ehemannes kommen ſollen. — Möglich wäre es nun in dieſen Fällen, daß die Uebertragung des Eigenthums, resp. des Beſitzes nur bedingt geſchähe, denn auch ein bedingter Erwerb des Beſitzes iſt nach fr. 38. §. 1. de poss. (41, 2.)[1]) möglich, ohne daß man freilich dann (wie ſo viele Autoren thun), eben weil der animus nicht hieranf gerichtet iſt, wenigſtens pendente conditione resolutiva annehmen kann, daß nur die Detention erworben ſei.

---

[1]) Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere eam dicat, si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. Hoc amplius existimandum est, possessionem sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio exstiterit.

Die Autoren ſtellen nun für die Dosbeſtellung ante nuptias die Behauptung auf, daß dieſe als bedingt zu denken ſei. Sie erwähnen des Falles, wo der künftige Ehemann nur den Beſitz erwirbt, nicht, oder wenigſtens nicht beſonders, und denken alſo nur an die bei der Tradition gewollte Eigenthumsübertragung, z. B. v. Savigny Syſt. Bd. 3. §. 116. S. 122. u. 123. (wenn das dort Geſagte nicht bloß auf das Dotal-Verſprechen bezogen werden ſoll), entſchieden aber gewiß ibid. Bd. 4. §. 160. not. r., wo es ausdrücklich heißt, daß die dotis datio ante nuptias unter der (ſich von ſelbſt verſtehenden) Bedingung, daß die Ehe zu Stande komme, geſchehe. Ebenſo Glück Commentar Bd. 4. §. 337. a. S. 473., obgleich es unbeſtimmt iſt, ob das dort Geſagte nur für das Dotalverſprechen gelten ſoll, — ſo wie auch Sell bedingte Traditionen S. 12. und namentlich S. 114. ff., und endlich Arndts Pndtn. §. 399. S. 614. Text vor not. b., der bei der Beſtellung der Dos ante nuptias immer eine ſtillſchweigende Bedingung annimmt. Freilich treten dieſe Autoren größtentheils an anderen Stellen mit ſich ſelbſt in Widerſpruch, ſo z. B. v. Savigny l. c. Bd. 3. §. 136. S. 271. not. g., Glück l. c. B. 13. §. 821. S. 19., und Sell l. c. §. 21. S. 171. not. 2., indem ſie bei nicht zu Stande gekommener Ehe die condictio causa data causa non secuta, alſo eine condictio datorum zulaſſen, und damit ausſprechen, daß der Eigenthumsübergang ante nuptias unbedingt erfolgen könne. Ebenſo Arndts l. c. Text vor not. g.

Zuzugeben iſt nun, daß das Dotalverſprechen (wie auch die delegatio dotis nomine) nach den Quellen, wo ſie ante nuptias erfolgte, als bedingt angeſehen werden

muß, cfr. fr. 4 §. 2. de pactis (2, 14.), fr. 21.[1]) fr. 80.[2]) und 83. de jur. dot. (23, 3.). Daß nicht ſchon deshalb gleichfalls die in Anlaß einer ſolchen bedingten obligatio geſchehene solutio (traditio) bedingt ſei, iſt ſchon oben §. 5. no. 2. nachgewieſen, und findet hier ſeine Beſtätigung in dem fr. 10. de condict. c. d. c. n. s. (12, 4.)[3]), da nach dieſer Stelle eine condictio, und zwar gewiß die condictio datorum, nämlich die cond. c. d. c. n. s., anerkannt wird, die doch nur möglich iſt, wenn durch das Geben und Nehmen ſelbſt der Eigenthumsübergang definitiv geſchah. — Giebt man nun aber ſchon für dieſen Fall der solutio auf bedingtes Dotalverſprechen den Eigenthumsübergang zu, wie man dies in Grundlage der angeführten Quellenſtelle nicht anders kann, ſo wird man bei erfolgter dotis datio um ſo

---

[1]) Stipulationem, quae propter causam dotis fit, constat habere in se conditionem hanc: „si nuptiae fuerint secutae“, et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, si nuptiae constant. Quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur. —

[2]) Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum ait Labeo. Quod falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.

[3]) In ſo fern dieſe Stelle von der acceptilatio redet, ſcheint ſie im Widerſpruch mit fr. 43. pr. de jure dot. (23, 3.) zu ſtehen, da beim Nichtzuſtandekommen der Ehe nach dieſer letzteren Stelle die acceptilatio zuſammenfallen ſoll. Uns intereſſirt aus dem fr. 10. cit. (deſſen Beſtimmung über acceptilatio, die keine Bedingung zuließ, die richtigere ſein dürfte) nur die Begründung — quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit, — denn obgleich dieſer Ausdruck auf die dotis datio bezogen werden kann, ſo ging der Gedanke doch wohl auf eine solutio aus einer dotis promissio.

unbedenklicher zugeben müſſen, daß dieſelbe unbedingt geſchehen kann, wenn auch nicht, wie ſchon oben geſagt, geleugnet werden ſoll, daß bedingte Eigenthumsübertragung hier möglich iſt. Es fragt ſich nur, was hier in dubio anzunehmen, ob bedingte oder unbedingte Eigenthumsübertragung, und ob ſelbſt auch dann, wenn feſtſteht, daß ſofortige Eigenthumsübertragung nicht erfolgen ſollte, dieſe als eine bedingt, ſei es ſuspenſiv oder reſolutiv bedingt, geſchehen anzuſehen iſt. Ich glaube nun, daß nach den Quellen in dubio, weil Bedingungen nicht zu präſumiren ſind, bei der ante nuptias geſchehenen Dosbeſtellung der unbedingte Eigenthumsübergang behauptet werden muß (abgeſehen freilich von dem Fall der venditionis causa aestimatio, worüber unten §. 11. fin. weiter geſprochen werden ſoll, und für welchen Fall auch nicht bedingte Eigenthumsübertragung, ſondern lediglich Uebertragung des Beſitzes zu behaupten ſein möchte) — und daß, wo die Parteien den Eigenthumsübergang noch nicht wollten, wieder nicht an bedingte Eigenthumsübertragung gedacht werden darf, ſondern entſchieden der Abſicht der Parteien vielmehr gemäß lediglich der juriſtiſche Beſitz als erworben gelten kann. Was die erſtere Anſicht betrifft, ſo findet ſie ihre Beſtätigung in dem fr. 6. bis 9. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4.) und L. 1. C. eod. (4, 6.), in welchen Quellenſtellen ſtets bei gewolltem Eigenthumsübergang dieſer als unbedingt angenommen wird, und auch nicht ein Mal der bedingten Eigenthumsübertragung Erwähnung geſchieht. Die hier anerkannte condictio datorum beweiſt gewiß, daß durch das Geben und Nehmen definitiv das Eigenthum verloren ward, und daß das definitiv verlorne Eigenthum nur mit einer

persönlichen Klage zurückgefordert werden kann; es wird auch gewiß unzulässig erscheinen, diese Quellenstellen dadurch zu erklären, daß nach römischem Rechte der Rückfall ipso jure bei der Resolutivbedingung noch nicht vollständige Anerkennung gefunden, da diese Stellen, wie schon gesagt, eine bedingte Tradition gar nicht ins Auge fassen; cf. übrigens die Stellen der not. 1. hier unten. — Die letztere Behauptung, daß dort, wo nach dem Willen der Parteien der Eigenthumsübergang nicht erfolgen soll, nicht bedingtes Eigenthum, sondern nur der juristische Besitz als erworben gelten darf, folgt meiner Meinung nach aus dem fr. 7. §. 3., fr. 8, 9. pr. und §. 1. de jur. dot. (23, 3.) und fr. 1. §. 2. pro dote. (41, 9.). Diese Quellenstellen, so vielfach irrig citirt und irrig interpretirt, müssen hier nun weitläuftiger erörtert werden, damit Mißverständnisse vermieden bleiben.

In denselben, namentlich in fr. 7. §. 3., fr. 9. pr. und §. 1. cit.[1]), kommt wiederholt der Ausdruck „conditio“

[1]) fr. 7. §. 3: Si res in dotem dentur, puto in bonis mariti fieri, accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. Fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo, si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statim ejus fiant, efficiuntur ejus; enimvero si hac conditione dederit, ut tunc efficiantur, quum nupserit, sine dubio dicemus, tunc ejus fieri, quum nuptiae fuerint secutae. Proinde si forte nuptiae non sequantur, nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debebit remisso nuntio; enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. Sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum, doti enim destinata non debebunt vindicari. — fr. 9. pr.: Si ego Sejae res dedero, ut ipsa suo nomine in dotem det, efficientur ejus, licet non in dotem sint datae; sed condictione

vor, und ſcheint eben dieſer Ausdruck es veranlaßt zu haben, daß man dieſe Quellenſtellen von bedingter Eigenthumsübertragung verſtand, und ſo die ſeltſamſten Reſultate aus ihnen interpretirte. Zuzugeben iſt allerdings, daß jener Ausdruck techniſch in den Quellen gebraucht wird, um das Vorhandenſein einer Bedingung anzudeuten, es iſt daneben aber auch nicht zu leugnen, daß jener Ausdruck eine ganz anderweitige Bedeutung, nämlich die von lex, — id, quod dictum est, alſo einer ausdrücklichen Willenserklärung, haben kann.

So heißt es im fr. 68. pr. de eviction. (21, 2.) „Cum ea conditione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet“ — im fr. 10. §. 1. de lege Rhodia (14, 2.) „Si ea conditione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur — — cum ea conditione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi

---

tenebitur. Quodsi pro ea res ego dem, si quidem ante nuptias, interęst, qua conditione dedi, utrum ut statim fiant accipientis, an secutis nuptiis. Si statim, nuntio remisso, condicam, si vero non statim, potero vindicare, quia meae res sunt. Quare et si sequi nuptiae non possunt, propter matrimonii interdictionem, ex posteriore casu res meae remanebunt. §. 1.: Si res alicui **tradidero**, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, cui **datae** sunt, et quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui **dedit**, et quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, a quo discedere verum non posse dominium invito eo, fatendum est. Sed benignius est favore dotium, necessitatem imponi heredi, consentire ei, quod defunctus fecit, aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo, dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata.

ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset“ — — im fr. 39. mand. (17, 1.) „placuit posse rem hac conditione deponi, mandatumque suscipi, ut res periculo ejus sit, qui depositum vel mandatum suscepit,“ und im fr. 6. §. 2. de contrahenda emt. (18, 1.) „Conditio quae — — dicta est,“ was im Beihalt des fr. 6. §. 1. eod. eben nur auf eine ausdrückliche Willenserklärung bezogen werden kann, und endlich kann in dem ganzen Titel de in diem addictione (18, 2.) das „meliorem conditionem facere,“ gewiß nicht die Bedeutung von Bedingung haben, cfr. auch fr. 137. §. 6. de V. O. (45, 1.) und fr. 32. §. 2. ad. S. C. Vell. (16, 1.), cfr. unten not. 63. — Darnach muß es denn für die hier zur Frage stehenden Quellenstellen zugegeben werden, daß möglicherweise der Ausdruck „conditio“ nicht die Bedeutung von Bedingung, sondern von ausdrücklicher Willenserklärung haben kann, und diese Möglichkeit wird zur Wahrscheinlichkeit, wenn man erwägt, daß im fr. 9. §. 1. cit., so wie auch im fr. 9. pr. und fr. 7. §. 3. Anfangs von einer Bedingung gar nicht geredet wird, sondern nur von sic dentur ut statim im Gegensatz von ut tunc fiant, und daß im fr. 1. §. 2. pro dote dasselbe, was in den andern Stellen mit conditio bezeichnet wird, durch die Worte ea mente ausgedrückt ist. Die Wahrscheinlichkeit endlich wird zur unumstößlichen Gewißheit durch den Inhalt der Quellenstellen selbst. Namentlich das fr. 9. pr. cit. kann nur dann eine richtige Erklärung finden, wenn man das „qua conditione dedi“ derselben nicht als Bedingung auffaßt, sondern lediglich dadurch den erklärten Willen für ausgedrückt hält, wie dies auch in dem Zusatz schon liegt

„utrum ut statim fiant accipientis.“ Denn wollte man hier den Ausdruck auf eine Bedingung beziehen, so hätte der Jurist für den Fall des si statim nicht die condictio datorum zur Rückforderung des verlornen Eigenthums geben können, es würde vielmehr, geschah der Eigenthumsübergang bedingt, bei deficirender Bedingung der Geber nicht mit einer persönlichen condictio, sondern mit der rei vindicatio, da er noch Eigenthümer geblieben, seine Sache zurückgefordert haben. Kann nun aber für diesen Fall also der Ausdruck conditio die Bedeutung von Bedingung nicht haben, so muß man schlechterdings zugeben, daß auch für den entgegengesetzten Fall, also für den, wo erst secutis nuptiis das Eigenthum an den Empfänger kommen soll, derselbe Ausdruck, gefaßt in demselben Worte, die Bedeutung von Bedingung nicht haben kann, und es dürfte also darnach richtig sein, wenn oben gesagt ist, daß bei nicht sofort gewollter Eigenthumsübertragung lediglich der juristische Besitz als erworben angesehen werden kann. Was aber für das fr. 9. pr. cit. gilt, das muß doch auch wohl unbedenklich wegen des engen Zusammenhanges für das fr. 9. §. 1. eod. angenommen werden, und es wird hoffentlich auch kein Bedenken haben, das fr. 7. §. 3. eod. ebenso zu verstehen, wenn man erwägt, daß augenscheinlich das fr. 7. und 9., beide von Ulpian und beide aus lib. 31. ad Sabinum entnommen, ursprünglich zusammenhingen; übrigens läßt sich die Beweisführung für fr. 9. pr. direct auch auf fr. 7. §. 3. anwenden, oder wiederholen. — Dies als richtig vorausgesetzt, erklärt sich denn das fr. 9. §. 1. cit., welches den Interpreten so viele Schwierigkeiten gemacht, ganz einfach. — Die schon von der Glosse angeführte, aber auch

ſchon dort gemißbilligte Anſicht, daß dieſe Quellenſtelle aus ſingulären Gründen das Reurecht nach römiſchem Rechte abſpreche, iſt richtig ſchon dadurch widerlegt, daß die Verneinung des Reurechts für dieſen Fall ſchon nach römiſchem Rechte nicht auf ſingulären Gründen beruht. — Die Anſicht von Cujac. ad. lib. 60. Dig. Juliani Opp. T. 6., wonach zu unterſcheiden wäre, ob die Bedingung vor oder nach Antritt der Erbſchaft erfüllt ward, bedarf einer Widerlegung nicht, da die Unterſcheidung ganz willkührlich iſt. — Die Anſicht Sell's, „Bedingte Traditionen" S. 124 ff., wonach bei der Beſtellung der dos ante nuptias ein Mandat des Gebers an den künftigen Ehemann, bei eingetretener Ehe die Sachen der Frau zu Eigenthum zu geben und von ihr zu Eigenthum zurückzuempfangen, angenommen werden ſoll, und wobei noch weiter ſubintelligirt wird, daß bei eingetretener Ehe zuvörderſt der Geber dem Manne das Eigenthum überantwortet, damit er der Frau das Eigenthum geben und von ihr zurückempfangen kann, iſt nicht nur zu künſtlich, ſondern auch falſch. Falſch nämlich deshalb, weil auch bei der Annahme eines Mandats ſofort das Eigenthum übergehen könnte, cfr. §. 19. — und weil ja die Frau ſelbſt die dos beſtellen kann, einen Fall, den Ulpian nach dem fr. 7. §. 3. eod. gewiß auch im Auge hatte, — überdies iſt es aber auch endlich durch nichts gerechtfertigt, dort, wo nicht ſie, ſondern ein Dritter die dos beſtellt, wegen der der Frau soluto matrimonio geſtatteten rei vindicatio utilis zu behaupten, daß erſt das Eigenthum an ſie gelangt ſein müſſe. Hier, wo dieſe Klage nur durch Geſetz, und zwar durch ein dem Ulpian gewiß nicht bekanntes Geſetz aufgeſtellt ward, muß es ſich gleich bleiben, ob ſie nie Eigen-

thümerin war, oder ob ſie das erhaltene Eigenthum wieder weggab. — Die Anſicht v. Savigny's endlich l. c. §. 160. not. r., und ausführlicher in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 4. S. 51. bis 59., läßt nicht blos unbefriedigt, ſondern iſt auch irrig. Schon die Vorausſetzung, daß in jener Stelle urſprünglich von res mancipi geredet ſei, iſt bedenklich, da durch den Inhalt der Stelle eine ſolche Vorausſetzung nirgends angedeutet wird, denn bei dem im Eingang der Stelle gebrauchten Worte tradidero gerade an dieſe Art Sachen zu denken, iſt durch nichts geboten, und wenn das durch jenes Wort Ausgedrückte ſpäter durch die Worte „cui datae sunt — qui dedit“ wieder bezeichnet wird, ſo muß man wohl unbedenklich zugeben, daß auf den Umſtand, es ſei nur tradirt, in der Stelle kein Gewicht gelegt ſein kann. Auch iſt gewiß jede Erklärungsweiſe einer Digeſten Stelle dadurch, daß man eine „Ungeſchicklichkeit“ der Compilatoren annimmt, möglichſt zu vermeiden; ſie pflegt nur dort vorzukommen, wo eine ſolche Stelle mit der irrigen Anſicht der Autoren nicht in Einklang zu bringen iſt. Irrig iſt die v. Savigny'ſche Anſicht nun aber deshalb, weil er dieſelbe, vielleicht durch den Ausdruck donatio in der Stelle irregeleitet, auf die Lehre der Schenkung ſtützt, indem er eben nur unter dieſer Vorausſetzung, weil den Vorſchriften der lex Cincia nicht genügt ſei, dieſer Stelle für das ältere Recht eine richtige Deutung glaubt geben zu können. Es ſoll nicht geleugnet werden, daß die Dosbeſtellung eines Dritten, wenn die dos soluto matrimonio an die Frau fällt, für dieſe eine Schenkung enthält, und daß vor der L. 31. C. de jure dot. (5, 12.) dieſe Schenkung gleich jeder anderen den poſitiv rechtlichen Be-

ſchränkungen der Schenkung unterworfen war. Hier im fr. 9. §. 1. handelt es ſich nun aber nicht um die soluto matrimonio zu effectuirende und daher auch erſt soluto matrimonio zu infirmirende Schenkung an die Frau, ſondern um den Uebergang des Eigenthums an den Mann bei Beginn der Ehe dotis nomine, und dieſer Rechtsact enthält nie eine Schenkung, ſondern bildet eine onorosa causa für den Mann. Daß auch ſchon die römiſchen Juriſten dies deutlich erkannt, und erſt zur Zeit, wo die Schenkung effectuirt werden ſollte, alſo soluto matrimonio, die poſitiv rechtlichen Beſchränkungen der Schenkung anwandten, erhellt deutlich aus der L. 31. pr. C. cit. Danach würde alſo, um die Anſicht v. Savigny's aufrecht zu erhalten, nicht blos in der Aufnahme der Stelle in die Pandekten eine Ungeſchicklichkeit liegen, ſondern auch dem Ulpian ein Irrthum Schuld gegeben werden müſſen. — Nachdem ſomit die bisherigen Interpretationen des fr. 9. §. 1. cit. genügend widerlegt ſein werden, wollen wir daſſelbe von unſerm Standpuncte aus zu interpretiren ſuchen. Ulpian ſetzt, wie dies in der Stelle geſagt iſt, voraus, daß bei der dotis datio ante nuptias in dem gegebenen Fall der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nicht vorhanden geweſen ſei, daß alſo durch die Tradition dem Empfänger nicht das Eigenthum, ja ſelbſt auch nicht einmal bedingt, übertragen ward, und fragt nun, wo der Empfänger nur den juriſtiſchen Beſitz (oder, cfr. oben, gar nur die Detention) durch die Tradition erhielt, wie es dann werde, wenn der Geber vor Eingehung der Ehe verſtorben ſei? Er lehrt für dieſen Fall, daß conſequent der Eigenthumsübergang geleugnet werden, und daß aus ſingulären Gründen,

wegen der zur Frage ſtehenden dos, unter Verlaſſung der Conſequenz, der Eigenthumsübergang behauptet werden müſſe. Dies iſt durchaus richtig, denn wenn nur eine traditio dotis nomine erfolgt war, alſo ein formales Dotalverſprechen nicht voraufging, ſo lag nach dem Rechte zur Zeit Ulpian's ein weder den Erben noch den Erblaſſer bindendes Verhältniß vor. Die traditio zum Beſitz mit der hinzugekommenen Beredung, daß secutis nuptiis das Eigenthum übergehen ſolle, konnte höchſtens als ein formloſer obligatoriſcher Vertrag betrachtet werden und als ſolcher hatte er vor der L. 6. C. de promiss. dot. (5, 11.) eine verbindende Kraft nicht. War die Eigenthumsübertragung ſelbſt einem ſpäteren Willensacte überlaſſen, und erlebte der Dosbeſteller den Zeitpunct, wo dieſer vorzunehmen war, ſo ging das Eigenthum, ohne daß es für den Willensact noch einer weiteren Erklärung bedurft hätte, eben weil der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, ſich in dem Beſitz des Erwerbers verkörperte, nunmehr ſofort über, vorausgeſetzt natürlich, daß der Dosbeſteller ſeinen Willen nicht geändert, alſo den gegentheiligen Willen nicht irgendwie ausgedrückt hatte, denn dann war der Eigenthumsübergang freilich auch hier zu leugnen. Es verhält ſich hier alſo wie beim Kaufcontracte pretio non soluto, wo gleichfalls bei ſpäterer Zahlung des Preiſes der Eigenthumsübergang, als dann geſchehen angenommen werden muß, nur daß in dieſem Falle ſchon nach römiſchem Rechte der formloſe Vertrag (Kauf) beide Parteien und deren Erben bindet. — Erlebte der Dosbeſteller dagegen den Abſchluß der Ehe nicht, ſo konnte von einem Andauern ſeines Willens nicht mehr geredet werden, dieſer war zuſammengefallen, und der Eigenthumsübergang

hing lediglich von dem Willensacte des Erben ab. Für ihn, den Erben, war die formloſe Beredung des Erblaſſers kein rechtliches, ſondern nur ein thatſächliches Verhältniß, als ſolches konnte es nicht binden, da die thatſächlichen Verhältniſſe auf den Erben nicht übergehen, cfr. fr. 2. §. 6. de don. (39, 5.) und L. 8. C. de O. et A. (4, 10.); es galt ganz das, was v. Savigny kurz vorher ibid. §. 160. not. n. S. 152 ſagt. Ebenſowenig Bindendes hatte für ihn der juriſtiſche Beſitz auf Seiten ſeines Gegners, denn dieſer Act war nur vorgenommen in Anlaß eines nicht bindend beredeten künftigen Rechtsgeſchäftes. — Ulpian, dieſe Conſequenz richtig anerkennend, lehrt nun aber für die Dos aus ſingulären Gründen das Gegentheil, indem er ohne das Vorhandenſein der L. 6. C. cit. ſchon deren Princip hier anwendet. Juſtinian hat in der L. 6. C. cit. jedem formloſen Dotalverſprechen bindende Kraft beigelegt, und deshalb konnten die Compilatoren keinen Anſtand nehmen, das fr. 9. §. 1. cit. in die Pandekten zu ſtellen, da daſſelbe aus Billigkeitsgründen für einen concreten Fall ſchon das gleichfalls nach römiſchem Rechte nur auf Billigkeitsgründen beruhende Princip der L. 6. C. cit. angewendet; von einer Ungeſchicklichkeit der Compilatoren wäre alſo darnach keine Rede.[1])

[1]) Zur Unterſtützung für die hier aufgeſtellte Interpretation wird auch eine Berufung auf die Baſiliken, deren Ueberſetzung von Fabrot bei Sell l. c. S. 118. mitgetheilt iſt, (und die mir in einer andern Form nicht zur Hand ſind) nicht ohne Bedeutung ſein. Die Baſiliken weiſen mit keinem Worte darauf hin, daß von einer bedingten Eigenthumsübertragung in dem fr. 9. §. 1. die Rede ſei. — Und iſt auch weiter nicht ganz bedeutungslos fr. 9. §. 3. eod., wo das sic dentur, ut fiant, offenſichtlich nur auf unbedingtes Eigenthum im

Sind dieſe Erklärungen des fr. 7. §. 3. und des fr. 9. pr. §. 1. cit. richtig, ſo enthalten nun dieſe Stellen in Beihalt des fr. 8. eod. und des fr. 1. §. 2. pro dote (41, 9.) unwiderlegliche Beweiſe für die Richtigkeit der diesſeitigen Anſicht, daß justa causa kein Requiſit des Eigenthumsvertrages iſt. Sie zeigen nicht blos, wie dies ja nun keiner Ausführung weiter bedarf, daß für das Andauern des Eigenthums das Andauern der causa nicht verlangt werden kann, indem ſie die Möglichkeit des Eigenthumsübergangs auch beim Zuſammenfall der causa behaupten, — ſondern ſie zeigen auch, was namentlich wichtig iſt, daß die causa ſchlechterdings nur als eine juriſtiſche Thatſache, aus der der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, geſchloſſen werden kann, Bedeutung hat. Dies läßt ſich aus den citirten Quellenſtellen ſelbſt den Worten nach interpretiren. Das fr. 7. §. 3. und fr. 9. pr. und §. 1.

Gegenſatz von Beſitz oder dort richtiger Detention gehen kann, cfr. §. 19. Daß hier bei der dos, wenn das Eigenthum reſervirt war, in dubio mehr als Detention, alſo juriſtiſcher Beſitz erworben ward, wird aus dem unten beim Kauf namentlich über die dos venditione causa aestimata Geſagten folgen, cfr. §. 11. — Die diesſeitige Anſicht findet endlich ihre Unterſtützung auch noch darin, daß, wenn das fr. 9. §. 1. cit. von einer bedingten Eigenthumsübertragung zu verſtehen wäre, nicht für den Fall, wo secutis nuptiis der Mann Eigenthümer werden ſoll, die Uſucapion geleugnet werden könnte, wie dies offenſichtlich im fr. 1. §. 2. pro dot. (41, 9.) geſchieht, die Bedingung würde nämlich, eben wegen der erfolgten Tradition, in dubio als Reſolutiv-Bedingung aufgefaßt werden müſſen, und für dieſe nimmt man es als ausgemacht an, daß die Uſucapion ſtattfinde nach fr. 2. §. 4. pro emt. (41, 4.), cf. §. 11. Ende des vorletzten Abſatzes, Text nach not. 19. Sollte indeß für Suspenſivbedingung zu präſumiren ſein, ſo hätte bei der Negation der Uſucapion wohl billigerweiſe der Ausnahmsfall der Reſolutivbedingung berückſichtigt werden müſſen.

cit. behandeln ausſchließlich den Fall, wo der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, vorliegt, resp. der gegentheilige Wille gewiß iſt. Sie ſetzen voraus, daß dieſer Wille erklärt iſt, und haben wahrſcheinlich den Fall vor Augen, wo die Erklärung ausdrücklich erfolgte, darauf deutet, wie ſchon oben nachgewieſen, das „si hac conditione dederit“ und das „interest qua conditione dedi“, ſowie der Eingang des fr. 9. §. 1. — Im Gegenſatz hiezu ſtellen das fr. 8. eod. und das fr. 1. §. 2. pro dote [1]) die Frage auf, wie es dann ſei, wenn der Wille nicht genügend erklärt iſt, und lehren, daß in dubio der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, als vorliegend aus der causa angenommen werden müſſe. Daß auch dieſe Stellen eine abſolute geſetzliche Beſtimmung nicht geben, folgt ja daraus, daß ſie nach der Stellung der Frage die Reſervation des Eigenthums für möglich halten, und außerdem iſt weiter aus den Worten deutlich erſichtlich, daß nur eine interpretatio facti vorgenommen werden ſoll. Wer wird dies bezweifeln, wenn es dort heißt „nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi — si tamen non evidenter, quid actum fuerit, appareat, credendum

[1]) fr. 8.: Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur. — fr. 1. §. 2. — — — Et Julianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante ejus fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit, si tamen non evidenter, quid actum fuerit, appareat, credendum esse, id agi, Julianus ait, ut statim res ejus fiant, et, si alienae sint, usucapi possint, quae sententia mihi probabilis videtur. Ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo.

esse id agi.“ Schon das appareat, ſowie das credendum esse, zeigen die Richtigkeit der Behauptung, namentlich aber iſt es unbezweifelt, daß das quod actum est (agi) prägnant die ſtillſchweigende Willenserklärung im Gegenſatze gegen die ausdrückliche, alſo das quod dictum est in den Quellen bezeichnet, cfr. fr. 6. §. 1. de contrahenda emt. (18, 1.) und Fein „Beiträge zur Novation und Delegation §. 11.“, ſowie das fr. 30. de jure dotium (23, 1.) — „quam cum hoc agitur, dum hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud convenisse.“ — Sonach hätten wir denn bei dieſem einzelnen Fall der justa causa, nämlich bei der dotis nomine ante nuptias erfolgten Tradition, auf das Deutlichſte die Irrigkeit der alten Lehre nachgewieſen, indem nach den citirten Quellenſtellen die neben der Tradition vorliegende, ſtets als justa betrachtete causa dotis nur einen Anhaltspunkt für die Interpretation des allein entſcheidenden Willens abgiebt.

§. 10.

4. Schenkung — namentlich mortis causa.

Was für die Dosbeſtellung geſagt iſt, gilt ebenſo für die Schenkung, ſchon deshalb, weil die Dosbeſtellung, abgeſehen von dem Fall des Dotalverſprechens, ebenſo wie die Schenkung, abgeſehen vom Fall des Schenkungsverſprechens, kein beſonderes Rechtsverhältniß bildet, ſondern nur der Charakter eines Rechtsverhältniſſes iſt, nur daß freilich manche Rechtsverhältniſſe, die dotis nomine vorgenommen werden können, donationis nomine ungedenkbar erſcheinen, wenigſtens wenn man den Ausdruck donatio

prägnant nimmt. Bei der Schenkung alſo, möge solutio in Folge eines Schenkungsverſprechens erfolgen, oder die Schenkung durch datio effectuirt werden, wird, wenn feſtſteht, daß die Tradition in Grundlage jener causa geſchah, bei nicht ausdrücklich erklärtem Willen der Schluß, daß die Parteien Eigenthum haben geben und nehmen wollen, gerechtfertigt ſein. Aber dieſer Schluß iſt kein unbedingt richtiger, ſondern es kommt, wenn noch anderweitige Thatſachen mit vorliegen, auch auf dieſe mit an, und kann darnach vielleicht der gegentheilige Wille, daß nur Detention oder der juriſtiſche Beſitz habe übertragen werden ſollen, ſich als richtig zeigen. Es iſt ja möglich, daß die Schenkung nicht ſofort hat effectuirt werden ſollen, und daß man dann mindeſtens bedingte Eigenthumsübertragung behaupten müſſe, läßt ſich wohl nicht ſagen, auch dürfte das fr. 2. §. 5. de don. (39, 5.) nicht, wie v. Savigny l. c. §. 160. S. 154 bis 156. annimmt, von einer bedingten Eigenthumsübertragung reden. Auch dieſe Stelle ſetzt voraus, daß eben nur der juriſtiſche Beſitz übergegangen, und lehrt mindeſtens für das neuere Recht ganz richtig, daß auch dieſe formlos (ohne stipulatio) geſchloſſene obligatio vollſtändig verbindlich ſei. Das in der Stelle enthaltene Wort conditio wird man nach dem bei der Dos Geſagten nicht dahin urgiren können, daß der Eigenthumsübergang als nur bedingt geſchehen zu betrachten ſei. — Ferner iſt aber auch möglich, daß dort, wo der Wille ſchon definitiv war, die Tradition geſchah, nur um abgeleitete dingliche Rechte zu conſtituiren, und wird man auch hier, dem Willen der Parteien entgegen, den Eigenthumsübergang nicht behaupten können.

In den Fällen, wo die Schenkung, also die causa, nicht definitiv ist, wird ebenso wie bei der Dos, der Eigenthumsübergang definitiv gestattet werden können mit nur persönlicher Klage auf Rückgabe des verlornen Eigenthums, und man wird wohl auch hier behaupten müssen, daß nicht blos Detention, auch nicht blos juristischer Besitz, sondern in dubio das Eigenthum, und zwar unbedingt erworben wird, obgleich freilich der allein entscheidende Wille der Parteien das Eigenthum bedingt, oder auch nur den Besitz resp. die Detention gewähren kann. Daß das Eigenthum unbedingt erworben werden kann und erworben wird, steht für die Schenkung sub modo fest; auch dürfte die in der L. 1. C. de donat. quae sub modo vel conditione (S. 54.) anerkannte rei vindicatio auf singulärer gesetzlicher Bestimmung nach dem Inhalt der Quellenstelle beruhen, obgleich es freilich auch möglich wäre, daß bei einer durch datio beschafften Schenkung das als modus Gedachte zur Bedingung für den Eigenthumsvertrag gestaltet wäre, so daß danach dann eine Singularität hinwegfiele. — Nicht ebenso ist es für die mortis causa donatio anerkannt, daß die solutio auf ein Schenkungsversprechen, resp. die sofortige Schenkung durch Tradition, unbedingt das Eigenthum gewähren könne. Man nimmt hier in neuerer Zeit auf die Auctorität v. Savigny's Syst. Bd. 4. §. 170 und 171. an, daß der Eigenthumsübergang bedingt erfolge, und übersieht also die Fälle, wo nur die Detention, resp. der juristische Besitz gewährt wird, und wo das Eigenthum unbedingt auf den Empfänger übergeht. Es handelt sich nicht um einige wenige Stellen, in denen der unbedingte Eigenthumsübergang behaup-

tet ist, sondern diese bilden die größere Zahl, das fr. 19.[1]), 35. §. 3., fr. 37. §. 1. und fr. 39. h. t. (39. 6.)[2]) anerkennen sämmtlich bei der mortis causa donatio nur die condictio, d. h. gewähren wenigstens eine dingliche Klage nicht, obgleich namentlich die letztere Stelle wohl Veranlassung dazu gehabt hätte, und richtig verstanden auch die condictio auf das geschenkte Object, ebenso wie fr. 35. §. 3. cit., gestattet. Diese Stellen dadurch weg zu [illegible], daß man mit

[1]) cfr. not. 1. pag. [illegible]

[2]) fr. 35. §. 3.: [illegible] qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, [illegible] quum convaluerit, reddatur sibi. Nec [illegible] condictione repeti possit, quasi [illegible] quod ea, quae dantur, [illegible] ego aliquid faciam, [illegible] et in istis condictio [illegible] si quis servum mortis causa [illegible] vivo donatore fecerit, [illegible] si convaluisset, et hoc [illegible] servum restituere compelletur. [illegible] causa servus donatus est, eum [illegible] servi, quoniam [illegible] donator. Vergl. auch fr. [illegible] existirend [illegible] gegeben wird.

[illegible] Schenkungs[illegible] [illegible] als [illegible] obligatio ein [illegible] mit sich [illegible] das fr. 16. [illegible] durch Ei[illegible] des un[illegible] die Regel [illegible] [illegible]klage. [illegible] — [illegible] die jetzige §. [illegible] Eigen[illegible]

v. Savigny annimmt, es habe erſt ſucceſſive der Rechtsſatz, daß bei reſolutiv bedingter Eigenthumsübertragung das Eigenthum ipso jure zurückfalle, im römiſchen Rechte Geltung erhalten, iſt ſehr bedenklich, da dieſe Annahme durch den Inhalt der Quellenſtellen wenigſtens gar nicht indicirt iſt. Noch bedenklicher iſt es aber, wenn v. Savigny beim Verkauf des mortis causa geſchenkten Objectes dem Geber beim Zuſammenfall der Schenkung alternativ die condictio oder vindicatio giebt, dies dürfte wohl nimmermehr geſchehen.[1]) — Daß jene Stellen nicht von ſolchen Fällen zu verſtehen ſind, wo dem Geber nicht durch das Geben, ſondern durch andere Umſtände, z. B. die Conſumtion, das Eigenthum verloren ging, bedarf einer Ausführung nicht. — Wie darnach das fr. 29. und 30. eod. zu erklären iſt, braucht nicht weitläuftig mehr ausgeführt zu werden. Nimmt man für die letztere Stelle mit Haloander die Leſeart „utilem in rem actionem“ an, ſo findet man eine Singularität ganz nach der Analogie der geſetzlichen Beſtimmung bei der Schenkung sub modo, hier unbeſchränkt, dort beſchränkt. Man braucht aber eine Singularität nicht anzuerkennen, ſondern das fr. 29. cit. erklärt ſich ganz gut dadurch, daß man an eine bedingte Eigenthumsübertragung mortis causa denkt, und dieſe Interpretation ſcheint richtiger ſchon nach dem Wortlaut der Quellenſtelle „potest

[1]) Das fr. 19. de mort. c. don. (39, 5.) geſtattet übrigens aber auch gar nicht eine Wahl zwiſchen perſönlicher und dinglicher Klage, ſondern beſtimmt nur den Gegenſtand der einen perſönlichen Klage; wer wird hieran zweifeln, wenn es dort heißt: „nec huic similis est is, qui rem, quam mortis causa acceperat, alii porro dederit, nam donator huic non **rem**, sed pretium ejus **condicet.**“

defendi". Uebrigens ist für die Interpretation der citirten Quellenstellen die richtige Auffassung der mortis causa donatio in der hier zur Frage stehenden Richtung neben dem fr. 29. auch das fr. 2. h. t. wohl zu berücksichtigen. Gerade so wie bei der Dosbestellung wird auch hier der Fall „ut statim fiat accipientis" dem „ut faciat accipientis, quum mors fuerit insecuta" entgegengesetzt und wird man bei der fast wörtlich gleichlautenden Fassung daher auch hier bei erfolgter Tradition eher an den Gegensatz von Eigenthum und Besitz, als an den von resolutiv oder suspensiv bedingtem Eigenthum (mit Savigny) denken müssen. Vielleicht ist erst in späterer Zeit die Ansicht zur Geltung gelangt, daß außer der causa auch die traditio als bedingt aufgefaßt werden könnte, worauf hinweist Branchu Dec. I. Cap. IV., der schon richtig die hier gegebene Interpretation des fr. 29. h. t. hat.

§. 11.

5. Kauf — namentlich pretio non soluto.

Es wird nicht ohne Interesse sein, den Fall der Tradition in Grundlage eines Kaufcontracts näher und ausführlicher in's Auge zu fassen, da gerade hier die Bestätigung der diesseitigen Ansicht besser als sonst irgendwo geschehen kann, aber freilich sind die Irrthümer hier bei den Autoren auch zahlreicher als sonst irgendwo, und deshalb wird die weitläuftigere Erörterung gerechtfertigt erscheinen.

Der Satz des Kaufcontractes, daß der Verkäufer das verkaufte Object nur zu tradiren, nicht zu Eigenthum zu geben brauche (ohnehin mit dem Willen der Contrahenten

nicht übereinstimmend und auch für das römische Recht wohl nur rechtshistorisch zu erklären), wird für uns nicht relevant. Wir setzen voraus, daß die übrigen Requisite des Eigenthumsvertrages, also namentlich das Eigenthum des Gebers, bei der Tradition vorliegen, und wenn dies der Fall, so soll nach fr. 11. §. 2. de act. emt. (19, 1.) die Tradition dem Empfänger beim Kaufcontract pretio soluto das Eigenthum gewähren.

Wo der Kaufpreis gezahlt ist, geht also schon nach der eben citirten Quellenstelle das Eigenthum durch Tradition des verkauften Objectes über, und dieser Fall hat für unsere Betrachtung wenig Bedeutung, da dann nur selten eine Reservation des Eigenthums, weil die Veranlassung hiezu nur selten ist, erfolgen wird. Möglich ist die Reservation aber auch hier, da die causa Kauf nicht objectives Requisit des Eigenthumsvertrages bildet, sondern nur eine Thatsache ist, aus welcher der für den Eigenthumsübergang nothwendige Wille geschlossen werden kann. Als Fälle solcher Reservation mögen hier nur die des einstweiligen Deponirens des verkauften, bezahlten Objectes, sowie der Kaufs halber constituirten oder übertragenen abgeleiteten dinglichen Rechte erwähnt werden, und ist daneben auf das fr. 14. de publiciana in rem act., und dessen Erklärung in §. 5., zu verweisen.

Wichtiger ist für unsere Betrachtung der Fall, wo pretio non soluto die Tradition des verkauften Objectes in Grundlage des Kaufcontractes geschah, und muß hier nicht blos der Fall des sogenannten Creditirens, sondern auch der, wo das Creditiren nicht stattfand, näher erörtert werden.

Nach fr. 19. und 53. de contr. emt. (18, 1.) und §. 41. J. de rer. div. (2, 1.) [1]) ſoll bekanntlich der Eigenthumsübergang auch dann beim Kaufcontracte für das tradirte verkaufte Object behauptet werden, wenn der Verkäufer durch Pfand oder Bürgen ſicher geſtellt iſt, resp. dem Käufer fides gewährte. In der letzteren Stelle wird dieſer Satz, wenigſtens ſoweit es ſich um Pfand und Bürgen handelt, auf eine geſetzliche Beſtimmung der 12 Tafeln zurückgeführt, und hat dieſe Zurückführung die eigenthümlichſten Anſichten der Autoren hervorgerufen. So hat namentlich Puchta Inſt. Bd. 2. §. 241. not. f. die Anſicht aufgeſtellt, als werde hier ein Streit der römiſchen Juriſten erwähnt, als ſei an eine wirkliche geſetzliche Beſtimmung, wenigſtens eine directe, wohl nicht zu denken. Er bezieht daher dieſen Satz auch auf die Mancipation, und findet den Grund der indirecten geſetzlichen Beſtimmung in dem Grundgedanken, der beim Kaufcontract zu dem Satze führte, daß beide Contrahenten gleichzeitig leiſten müſſen. Dieſe Erklärungsart kann nach der diesſeitigen Anſicht nicht zuge-

[1]) fr. 19.: Quod vendidi, et tradidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione. — fr. 53.: Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fidejussor datus sit. Quod autem de fidejussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, perinde sit, ac si pretium solutum esset. — §. 41. J: Venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore, aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum; tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed et si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est, dicendum est, statim rem emtoris fieri.

geben werden. Von einem Streit ist ja in der Quellenstelle keine Rede, die gesetzliche Bestimmung wird als directe bezeichnet, auf die Mancipation, wo nach ausdrücklich erklärtem Willen das Eigenthum übergeht, läßt sich der Satz nicht beziehen, wie dies denn auch in der Quellenstelle nicht geschehen ist, und wie der Satz, daß beide Parteien beim Kaufcontract zu gleichzeitiger Leistung verpflichtet sind, leitendes Princip hier sollte gewesen sein, ist nicht einzusehen, da auch ohne wirkliche materielle Satisfaction der Bestimmung der 12 Tafeln gemäß, wie dies anscheinend nie bezweifelt ward, das Eigenthum überging, wenn der Verkäufer dem Käufer persönlich traute. Ueberdies wäre es zu bewundern, warum dies leitende Princip nicht auch bei anderen zweiseitigen Verträgen ebenso sollte angewendet sein. — Es ist nicht zu leugnen, daß durch die Zurückführung jenes Satzes auf gesetzliche Bestimmung leicht der Glaube entstehen konnte, daß durch solche die zur Frage stehende causa schlechterdings, wenn nicht die gesetzlichen Requisite vorliegen, für unfähig erklärt sei, um darauf hin den Eigenthumsvertrag vorzunehmen. Da jene Quellenstelle aber ausdrücklich selbst sagt, daß hieran nicht zu denken, da sie selbst ausspricht, daß der Inhalt der gesetzlichen Bestimmung auch ohne dieselbe von selbst folge, und daß jure gentium, id est jure naturali, id effici, so hätte billigerweise jener Irrthum wohl nicht entstehen sollen. — Nach jener Quellenstelle gaben also, unserer Ansicht conform, die 12 Tafeln nur eine Interpretationsregel, und überdies nur eine solche, die gesetzlicher Feststellung nicht bedurft hätte. Der Inhalt dieser Interpretationsregel geht überdem nur dahin, daß nicht dem Willen der Parteien entgegen der Eigenthums-

übergang gehindert wird, sondern nur dahin, daß bei mangelnder ausdrücklicher Erklärung aus der in Folge des Kaufcontracts geschehenen nuda traditio der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nicht geschlossen werden kann, wenn nicht der Kaufpreis gezahlt, oder materielle Sicherheit stattgefunden hat. Damit nun diese letztere Bestimmung nicht zu einem Irrthum verleite, wird in der Institutionenstelle, so wie in den Pandectenstellen hinzugefügt, daß der Eigenthumsübergang auch dann zu behaupten sei, wenn ohne materielle Sicherstellung der Verkäufer dem Käufer fides gegeben, d. h. wenn der Verkäufer unbekümmert um sein Eigenthum, dessen Reservation er nicht wollte, die Tradition vornahm. Wann diese Absicht als vorliegend anzunehmen, das ist natürlich quaestio facti, es kommt also auf die umliegenden Verhältnisse an, und es ist nur zu beachten, daß es einer besonderen Constatirung dieses Willens bedarf, da in dubio der Eigenthumsübergang zu negiren ist. Die beste Art der Constatirung dieses Willens ist selbstverständlich eine ausdrückliche Willenserklärung, wo indeß diese, wie regelmäßig, wenn nicht schriftlich verhandelt wird, mangelt, da kommt es auf die umliegenden Verhältnisse an, und es ist aus ihnen zu ermitteln, ob der Wille, das Eigenthum nicht zu reserviren, mit derselben Evidenz, als aus der materiellen Sicherstellung, geschlossen werden kann. Alle hier gedenkbaren Thatsachen einzeln oder combinirt theoretisch im Voraus in's Auge zu fassen, ist rein unmöglich, man muß vielmehr Alles, wie schon richtig Thöl, Handelsrecht §. 69., gethan, auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles stellen. Einige wenige Bemerkungen sollen dies erläutern.

Namentlich wird der Eigenthumsübergang hier oft behauptet, wenn der Kaufpreis creditirt ist. Man erwägt dabei den Inhalt dieser Bestimmung wohl nicht genug, und unterscheidet nicht das Creditiren [2]) in der obligatio und die Bedeutung desselben für den dinglichen Vertrag. Das

---

[2]) Der Ausdruck „creditiren" ist ein in diesem Geschäfte vieldeutiger. Es kann derselbe lediglich die Bedeutung haben, daß die sofortige Zahlung des Kaufschillings nicht verlangt wird. Da indeß der Verkäufer, wo er dies dem Käufer gestattet, es in seiner Macht hat, das Eigenthum wegzugeben oder zu behalten, so kann man allerdings in einem prägnanteren Sinne sagen, daß er dem Käufer fides gewährt, wenn er ihm sofort überdies das Eigenthum übertrug, sowie er denn ja auch diesen Act vornehmen kann, ohne eine ihn bindende Frist für Zahlung des Kaufpreises zu bereden. — Gab er also das Eigenthum (sei es auch nur bedingt) weg, so traute er dem Käufer noch mehr, als wenn er blos seine Klage auf den Kaufpreis durch persönlichen Vertrag auf spätere Zeit verschob. Und diese Bedeutung hat der Ausdruck fides in den hier zur Frage stehenden Quellenstellen, wenn und wie weit daneben ein pactum de non petendo intra certum tempus beredet sei, wird dabei gar nicht erwähnt, weil dies nicht direct entscheidet, sondern nur mittelbar höchstens daraus ein Schluß auf die weitere fides gestattet ist.

Der Ausdruck fides oder creditiren kann aber auch noch in einem anderen Sinne hier genommen werden, nämlich in dem allgemeineren, wonach jeder Gläubiger (creditor) creditirt, cf. Puchta §. 219. Der Verkäufer ist nämlich nicht verpflichtet, den Kaufschilling zu creditiren, und wo er diesen nicht sofort erhält, weiter in dubio auch nicht verpflichtet, die Sache auszuantworten, selbst nicht einmal der Detention nach, und wo er dem Käufer gar nicht traut, wird er auch auf gleichzeitige Leistung dringen. Bedenkt man namentlich, daß bei nicht erfolgender Zahlung es zur Auflösung des Kaufcontractes selbst kommen kann, so wird man also vom Verkäufer selbst sagen können, er habe fides gegeben, wenn er pretio non soluto den Besitz oder die Detention weggiebt, um sie bei Auflösung des Kaufes zurückzufordern. Quellenmäßig ist hier indeß der Ausdruck fides nicht, obgleich die Sache deutlich ausgedrückt wird im fr. 1. §. 2. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.)

übergang gehindert wird, sondern nur dahin, daß bei mangelnder ausdrücklicher Erklärung aus der in Folge des Kaufcontracts geschehenen nuda traditio der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nicht geschlossen werden kann, wenn nicht der Kaufpreis gezahlt, oder materielle Sicherheit stattgefunden hat. Damit nun diese letztere Bestimmung nicht zu einem Irrthum verleite, wird in der Institutionenstelle, so wie in den Pandectenstellen hinzugefügt, daß der Eigenthumsübergang auch dann zu behaupten sei, wenn ohne materielle Sicherstellung der Verkäufer dem Käufer fides gegeben, d. h. wenn der Verkäufer unbekümmert um sein Eigenthum, dessen Reservation er nicht wollte, die Tradition vornahm. Wann diese Absicht als vorliegend anzunehmen, das ist natürlich quaestio facti, es kommt also auf die umliegenden Verhältnisse an, und es ist nur zu beachten, daß es einer besonderen Constatirung dieses Willens bedarf, da in dubio der Eigenthumsübergang zu negiren ist. Die beste Art der Constatirung dieses Willens ist selbstverständlich eine ausdrückliche Willenserklärung, wo indeß diese, wie regelmäßig, wenn nicht schriftlich verhandelt wird, mangelt, da kommt es auf die umliegenden Verhältnisse an, und es ist aus ihnen zu ermitteln, ob der Wille, das Eigenthum nicht zu reserviren, mit derselben Evidenz, als aus der materiellen Sicherstellung, geschlossen werden kann. Alle hier gedenkbaren Thatsachen einzeln oder combinirt theoretisch im Voraus in's Auge zu fassen, ist rein unmöglich, man muß vielmehr Alles, wie schon richtig Thöl, Handelsrecht §. 69., gethan, auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles stellen. Einige wenige Bemerkungen sollen dies erläutern.

Namentlich wird der Eigenthumsübergang hier oft behauptet, wenn der Kaufpreis creditirt ist. Man erwägt dabei den Inhalt dieser Bestimmung wohl nicht genug, und unterscheidet nicht das Creditiren [2]) in der obligatio und die Bedeutung desselben für den dinglichen Vertrag. Das

---

[2]) Der Ausdruck „creditiren" ist ein in diesem Geschäfte vieldeutiger. Es kann derselbe lediglich die Bedeutung haben, daß die sofortige Zahlung des Kaufschillings nicht verlangt wird. Da indeß der Verkäufer, wo er dies dem Käufer gestattet, es in seiner Macht hat, das Eigenthum wegzugeben oder zu behalten, so kann man allerdings in einem prägnanteren Sinne sagen, daß er dem Käufer fides gewährt, wenn er ihm sofort überdies das Eigenthum übertrug, sowie er denn ja auch diesen Act vornehmen kann, ohne eine ihn bindende Frist für Zahlung des Kaufpreises zu bereden. — Gab er also das Eigenthum (sei es auch nur bedingt) weg, so traute er dem Käufer noch mehr, als wenn er blos seine Klage auf den Kaufpreis durch persönlichen Vertrag auf spätere Zeit verschob. Und diese Bedeutung hat der Ausdruck fides in den hier zur Frage stehenden Quellenstellen, wenn und wie weit daneben ein pactum de non petendo intra certum tempus beredet sei, wird dabei gar nicht erwähnt, weil dies nicht direct entscheidet, sondern nur mittelbar höchstens daraus ein Schluß auf die weitere fides gestattet ist.

Der Ausdruck fides oder creditiren kann aber auch noch in einem anderen Sinne hier genommen werden, nämlich in dem allgemeineren, wonach jeder Gläubiger (creditor) creditirt, cf. Puchta §. 219. Der Verkäufer ist nämlich nicht verpflichtet, den Kaufschilling zu creditiren, und wo er diesen nicht sofort erhält, weiter in dubio auch nicht verpflichtet, die Sache auszuantworten, selbst nicht einmal der Detention nach, und wo er dem Käufer gar nicht traut, wird er auch auf gleichzeitige Leistung dringen. Bedenkt man namentlich, daß bei nicht erfolgender Zahlung es zur Auflösung des Kaufcontractes selbst kommen kann, so wird man also vom Verkäufer selbst sagen können, er habe fides gegeben, wenn er pretio non soluto den Besitz oder die Detention weggiebt, um sie bei Auflösung des Kaufes zurückzufordern. Quellenmäßig ist hier indeß der Ausdruck fides nicht, obgleich die Sache deutlich ausgedrückt wird im fr. 1. §. 2. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.)

Creditiren des Preises ist nicht nothwendig mit dem Uebergang des Eigenthums verbunden, es kann trotz desselben auch ohne ausdrückliche Reservation des Eigenthums das Eigenthum beim Geber bleiben, weil vielleicht Thatsachen, die hierauf schließen lassen, vorliegen, oder weil unter Umständen das Creditiren die Annahme des Willens, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nicht rechtfertigt. Besonders wird dort, wo für die obligatorische Pflicht sofortiger Zahlung durch Gesetz und nicht durch Parteiwillen eine Frist hingestellt ist, es oft an einer für den Eigenthumswillen concludenten Thatsache mangeln, weil hier eine Willenshandlung der Parteien fehlt, und daher aus dem Creditiren, worin gar kein Wille steckt, schwerlich der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, geschlossen werden kann. Hier müssen also, damit jener Wille anzunehmen steht, die Verhältnisse so liegen, daß aus dem nicht erfolgten Ausschlusse der gedachten gesetzlichen Bestimmung, also aus dem bloßen Schweigen der Eigenthumswille mit Grund entnommen werden kann. Wo die Frist für die Zahlung des Kaufpreises dagegen auf Parteiwillen beruht, wird, eben aus dieser Willenshandlung, schon eher der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, geschlossen werden können. Unbedingt ist aber der Schluß auch hier nicht gerechtfertigt, es wird nämlich daneben ankommen auf die Länge der gestellten Frist, resp. auf die Art der tradirten Sache, denn bei Fungibilien [3]) und leicht zu dissipirenden Objecten wird sich aus der gestellten Frist eher behaupten lassen, daß die Tradition unbekümmert um das Eigenthum, also unter Nichtreserva-

[3]) cfr. not. 23. §. 15.

tion deſſelben geſchah, als dies bei Immobilien der Fall iſt. — Neben der Ertheilung einer Friſt werden aber auch andere Thatſachen zu berückſichtigen ſein, und mag hier nur auf das fr. 31. locati (19, 2.) (wo auch nach dem Ausdruck „in creditum ire“ Alles darauf geſtellt iſt, ob die Tradition unbekümmert um das Eigenthum geſchah) hingewieſen werden, indem dort höchſt vorſichtig darauf viel Gewicht gelegt wird, ob der Eigenthümer ſein Korn beſonders lagert, oder ob er es zu anderem Korne ſchüttet, resp. wiſſentlich geſtattet, daß es zu demſelben geſchüttet wird. — Iſt aber ſonach nicht dieſe oder jene Thatſache als allein concludent für den Eigenthumswillen hingeſtellt, und hat der Satz, daß beim Kaufcontract durch traditio das Eigenthum nur übergehe, wenn der Preis bezahlt, oder der Verkäufer fides gegeben, nur die Bedeutung einer Interpretationsregel dahin, daß ohne dies der nicht ausgeſprochene Eigenthumswille aus den Thatſachen nicht geſchloſſen werden kann, ſo wird man den Eigenthumsübergang auch dann behaupten müſſen, wenn der Käufer betrügeriſcherweiſe den Glauben in dem Verkäufer erzeugte, daß der Kaufpreis bezahlt ſei, weil ein entgegengeſetzter Wille des Tradenten beſonderer Erklärung bedürfte. Der Fall wäre etwa ſo zu denken, daß bei gleichzeitiger Leiſtung Rechenpfennige (wobei die Zahlung gewiß negirt werden muß) ſtatt Goldmünzen gegeben und angenommen werden. Auch hier würde, wie im Fall des fr. 23. de dolo malo (4, 3.), der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, vorliegen, und man kann auch hier nach fr. 9. §. 3. de pignor act. (13, 7.) von dem Verkäufer mit Recht ſagen: „videri ei satisfactum — — licet in hoc deceptus sit“, denn an Thatſachen zur An-

nahme der Reservation des Eigenthumes nach seinem Willen fehlt es bei der Tradition ganz.

Für den Fall, wo pretio non soluto ein Creditiren („in creditum ire") in Betreff des Eigenthumsvertrages stattfand, herrscht also, wie wir gesehen, nur ein Streit über die Frage, wann ein solches Creditiren vorliegt, also über die Gränzlinie; im Endresultate ist man hier einig, daß nämlich im Fall der Nichtreservirung des Eigenthums dasselbe vollständig und unbedingt erworben wird. Nicht so herrscht dieselbe Einigkeit unter den Autoren darüber, welches Recht bei Nichtcreditirung, bei Reservirung des Eigenthums dem Verkäufer, und welches resp. dem Käufer zusteht. Bevor wir auf die hier herrschende Controverse näher eingehen, möge bemerkt werden, daß die beiden Fälle, wo wegen mangelnder Thatsachen, aus denen der Eigenthumswille geschlossen werden kann, der Eigenthumsübergang negirt werden muß, — und wo dies geschieht, weil ausdrücklich erklärt worden ist, daß das Eigenthum reservirt bleiben solle, einander im Resultate vollständig gleichstehen.

Bei der ausdrücklichen Beredung, wo nur der Vortheil besteht, daß eine Untersuchung über den Willen hinwegfällt, können Thatsachen, aus denen auf den Eigenthumswillen zu schließen, mangeln, so daß also nur aus Vorsicht, zur Cautel, jene Beredung getroffen ist, — oder es können Thatsachen vorliegen, aus denen der für das Eigenthum nöthige Wille entnommen werden könnte, und hier nimmt dann die ausdrückliche Beredung den Thatsachen ihre Concludenz. Daraus eben erhellt die Richtigkeit der Behauptung, daß beide Fälle, wenigstens für unsere Betrachtung,

gleich sind, und es wird deshalb gerechtfertigt erscheinen, wenn wir unsere nachstehenden Betrachtungen größtentheils auf den einen Fall ausdrücklicher Erklärung beschränken, weil nur für diesen der Streit unter den Autoren stattgefunden, und weil für jenen andern rechtlich dasselbe gilt.

Die verschiedenen Ansichten der Autoren über das hier erworbene Recht theilt mit Duncker „Ueber das pactum reservati dominii" Rheinisches Museum (1833) S. 64 ff. cfr. auch S. 160 ff. — Es ist behauptet worden, daß im Fall des reservirten Eigenthums das Eigenthum übergehe und der Verkäufer nur eine specielle Hypothek erhalte, oder wenigstens doch nur durch einen Resolutiv-Vertrag lediglich im Fall der Insolvenz ein Rückfall an den Verkäufer stattfinde. Man hat aber auch behauptet, daß das Eigenthum nicht übergehe, und dann den Käufer lediglich als Pächter behandelt, oder Beide, Verkäufer und Käufer, als Eigenthümer unter einer Bedingung betrachtet, wobei man dann wieder bisweilen versucht hat, das Eigenthum des Verkäufers zu einem lediglich subsidiarischen herabzudrücken. Weiter blieb, wenn man Verkäufer und Käufer für Eigenthümer erklärte, eine bedeutende Controverse darüber noch, ob der Käufer als Eigenthümer unter einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung zu betrachten sei. Auf dies letztere Feld hat sich anscheinend, nachdem Duncker sich für die Suspensivbedingung erklärt hatte, die Controverse in jüngster Zeit beschränkt, cfr. Sintenis C. R. Bd. 1. §. 49. not. 21. S. 480 ff. und v. Vangerow Pdtn. Bd. 1. §. 311. Anmk. 2. — Diese Ansicht wird auch wohl, namentlich bei Puchta Pdtn. §. 148. und Vorlesungen dazu, dahin formulirt: „Der Wille, Eigenthum zu geben, kann ein bedingter, und dadurch

die Eigenthumswirkung der Tradition suspendirt sein, ja in einem Fall, dem des Kaufcontractes pretio non soluto, tritt eine Suspension schon nach Rechtsvorschrift ein, und wird hier durch das Creditiren die gesetzliche Bedingung in einen dies verwandelt." — Neben diesen divergenten Ansichten erhob sich die weitere Controverse, ob nicht wegen der bedingten Eigenthumsübertragung auch ein Bedingtsein des voraufgegangenen Kaufcontractes behauptet werden müsse. — In älterer Zeit scheint die Ansicht, daß bei reservirtem Eigenthum dessen Uebergang zu behaupten, und dem Verkäufer zu seiner Sicherheit nur eine specielle Hypothek zu gewähren sei, den Vorzug genossen zu haben, namentlich bei Immobilien, deren Eigenthum nicht durch außergerichtliche Tradition übergehen konnte, — und hat sich diese Ansicht besonders in den Particulargesetzen Geltung verschafft, cfr. Duncker l. c. S. 170 bis 189.

Betrachten wir nun hier, freilich mit Rücksicht auf die älteren Autoren, aber sonst unbekümmert um ihren Gedankengang, den zur Rede stehenden Fall, so werden folgende Möglichkeiten anerkannt werden müssen:

1) Der Verkäufer giebt das Eigenthum trotz der Nichtzahlung des Preises weg und beredet nur zu seiner Sicherheit, daß
   a) entweder ihm das Eigenthum zurückgegeben werden soll,
   b) oder daß er an dem zu Eigenthum weggegebenen Objecte ein Pfandrecht behält,

   natürlich können beide Beredungen zur erhöheten Sicherheit des Verkäufers combinirt werden, und sind

andere hier nicht interessirende Sicherheitsmaaßregeln daneben möglich.

2) Der Verkäufer behält das Eigenthum zu seiner Sicherheit und verschafft dem Käufer durch die Tradition
   a) entweder den juristischen Besitz, — wobei sich vielleicht behaupten läßt, daß der Käufer auch das publicianische Recht erhält, —
   b) oder gar nur die Detention, — wobei natürlich von einem publicianischen Rechte des Käufers nicht geredet werden kann.

Daß nun die Uebertragung des juristischen Besitzes bedingt geschehen kann, mag hier erwähnt werden, einer besonderen Erörterung bedarf der Fall aber nicht. Wohl aber ist hier für Nr. 1. noch hervorzuheben, daß die Eigenthumsübertragung suspensiv oder resolutiv bedingt erfolgen kann, nur hat dann die Beredung einer persönlichen Rückforderungsklage keine Bedeutung, und wird eine specielle Hypothek an dem tradirten Objecte nach römischem Rechte nur dann für möglich erklärt werden können, wenn der Verkäufer nach seinem Willen die Bedingung als erfüllt ansehen und sich lediglich auf seine persönliche, durch Pfand gesicherte Klage beschränken kann und beschränkt.

Ad 1. Was zunächst den Fall unbedingter Eigenthumsübertragung anlangt, so gehört derselbe nicht direct hieher, indem dann ja fides dem Käufer gewährt ist. Die Möglichkeit der unbedingten Eigenthumsübertragung ist ja schon oben hingestellt und wird allgemein anerkannt. Der Fall sollte hier auch nur noch angeführt werden der Vollständigkeit wegen, und weil, wie wir nachher sehen

aufgefaßt werden ſoll, dennoch auch als Suspenſivbedingung gedenkbar erſcheint, und damit würde, wollten wir der angegebenen Anſicht Duncker's folgen, das pactum reservati dominii dennoch ganz wieder in der lex commissoria aufgehen, wogegen er, ſowie alle Späteren ſo ſehr eifern. Es wäre nämlich das pactum reservati dominii dann ja nichts weiter, als der (bei erfolgter Tradition) nicht zu präſumirende Fall einer Suspenſivbedingung der lex commissoria.

Dennoch aber iſt, — wenn auch nicht der Regelfall, und wenn auch nicht, wenigſtens nicht in dubio, das pactum reservati dominii — bedingte Eigenthumsübertragung pretio non soluto zur Sicherung des Käufers, wie angegeben, möglich. Die Rechte, welche hier dem Käufer zuſtehen, laſſen ſich mit wenigen Worten dahin angeben, daß er bei Reſolutivbedingung bis zum Eintrit derſelben als Eigenthümer behandelt werden muß, alſo nicht blos die Interdicte als Beſitzer, ſondern auch die rei vindicatio hat. Zum publicianiſchen Rechte wird er darnach freilich auch berechtigt erſcheinen, obgleich er ſich nicht auf die Publiciana actio zu beſchränken braucht, wie dies ja auch ausdrücklich quellenmäßig in dem fr. 41. pr. de R. V. (6, 1.) und im fr. 66. eod. [5]) ausge-

[5]) fr. 41. pr. Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam addictio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit. — fr. 66. Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis exstiterit.

ſprochen iſt. — Als ſuspenſiv bedingter Eigenthümer dagegen wird der Käufer aus ſeinem *Eigenthume gar keine* Rechte ableiten können. Wenn er hier alſo berechtigt erſcheint, z. B. zu den Interdicten oder zu dem publicianiſchen Rechte, ſo folgt dieſe Berechtigung nicht aus ſeinem Eigenthum, ſondern aus anderen ihm gewährten Rechten, die ihm ebenſogut aber auch nicht gewährt ſein können, ſo daß er alſo als gar nicht berechtigt erſcheinen kann. Es iſt nämlich gedenkbar, daß der ſuspenſiv bedingte Eigenthümer zum unbedingten juriſtiſchen Beſitzer, oder doch zum juriſtiſchen Beſitzer unter Reſolutivbedingung gemacht wird, und dann wird er hier, wie ſpäter auszuführen, als publicianiſch Berechtigter betrachtet werden müſſen. Dieſe ſeine Berechtigung wird dann *nicht aus ſeinem Eigenthum, ſondern aus dieſen eben erwähnten Befugniſſen* abzuleiten ſein. Er kann indeſſen auch den Beſitz möglicher Weiſe nur unter Suspenſivbedingung erhalten, und dann kann er wie aus ſeinem Eigenthum, ſo auch aus ſeinem Beſitze pendente conditione gar keine Rechte ableiten, wie dies gewiß unbedenklich zugegeben wird.

Sonach erſcheint es denn nicht zuläſſig, wenn Duncker dem ſuspenſiv bedingten Eigenthümer, weil er nicht juriſtiſcher Beſitzer ſei, — dies muß er ja immer werden, weil ſonſt die Eigenthumsübertragung auch nicht bedingt möglich iſt, obgleich er freilich nur ſuspenſiv bedingten Beſitz zu erhalten braucht —, die Interdicte wenigſtens nach römiſchem Rechte ſchlechterdings abſpricht, und ihm dagegen eben ſo ſchlechterdings das publicianiſche Recht zuſpricht. Derjenige, der nicht einmal juriſtiſcher Beſitzer

iſt, wird niemals zum publicianiſchen Rechte zugelaſſen werden können, wie dies wohl keiner Ausführung weiter bedarf. Wenn man für den ſuspenſiv bedingten Eigenthümer das publicianiſche Recht, als quellenmäßig anerkannt, aus dem fr. 8. de condict. c. d. c. n. s. (12, 4.) und dem fr. 7. §. 3. de jure dot. (23, 3.) herleiten will, wie dies z. B. v. Vangerow, Pndtn. Bd. I. §. 334. No. 3. b. thut, ſo hat man den Inhalt dieſer Stellen wohl nicht klar aufgefaßt. Ich darf hier verweiſen auf den §. 9., und iſt nur noch anzuführen, daß die erſtere Stelle lediglich von einer perſönlichen Klage, womit verlornes Eigenthum zurückgefordert werden ſoll, handelt, während die letztere Stelle dieſen ſelben Fall und auch den in's Auge faßt, daß gar kein Eigenthum, auch nicht einmal bedingt, übertragen iſt. Die in derſelben und in dem fr. 8. cit. erwähnte exceptio iſt daher gewiß keine dingliche, aus dem publicianiſchen Rechte entnommen, ſondern die rein perſönliche exceptio doli. Somit würde denn quellenmäßig das publicianiſche Recht für den ſuspenſiv bedingten Eigenthümer aus dieſen Quellenſtellen, und andere habe ich nicht dafür angeführt gefunden, nicht hergeleitet werden können.

Ad 2. Es iſt, wie ſchon oben angegeben, nun aber auch möglich, daß bei der Tradition in Grundlage eines Kaufcontractes pretio non soluto dem Käufer nicht einmal bedingtes Eigenthum, ſondern lediglich nur der Beſitz, oder gar nur die Detention gewährt wird. Dieſe Fälle ſind nicht blos theoretiſch gedenkbar, ſondern laſſen ſich quellenmäßig belegen.

Ad a. Der Käufer erhält nur juriſtiſchen Beſitz.

Dies wird quellenmäßig constatirt durch das fr. 20. de precario (42, 26.) und die L. 3. C. de pact. inter emt. (4, 54.)[6]) Es ist dieser Besitz, wie schon richtig Puchta, Instit. §. 241. not. e. hervorhebt, quellenmäßig mit precaria possessio zu bezeichnen, und ist eben auf diesen Fall auch wohl das fr. 13. §. 21. de A. E. V. (19, 1.)[7]) zu beziehen, wenigstens weist die Stelle nicht darauf hin, daß blos an eine Detention, wie die Glosse annimmt, gedacht sei. Daß freilich bei dieser precaria possessio nicht die strengen Regeln des prägnant ausgebildeten Instituts des precarium als vorliegend anzusehen sind, muß zugegeben werden. Jenes Rechtsinstitut, wenn es auch in den Lehrbüchern in seiner alten Gestalt größtentheils fortgeführt wird, beruhte zu sehr auf rechtshistorischen Veranlassungen bei der Clientel, cfr. Ihering, „Geist des römischen Rechts" Bd. 1. S. 233 ff., als daß es nicht in dieser Gestalt zu einem rein rechtshistorischen geworden sein sollte, und es ward dasselbe ja auch schon im römischen Rechte zu einem Vertrage, in dem es heut zu Tage allein nur noch erscheint, cfr. Bruns l. c. S. 62., umgestaltet. Hier ist also, wie auch gewiß

[6]) Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem steterit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi. Wegen L. 3. C. cit. cfr. not. 4. hieroben.

[7]) Possessionem autem traditam accipere debemus, et si precaria sit possessio; hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi. — An den Regelfall der Detention, die locatio conductio, kann schon deshalb nicht gedacht sein, weil der Käufer neben der Zahlung des Miethpreises zur Verzinsung des Kaufpreises nicht verpflichtet erscheint.

ſonſt ſtets, anzunehmen, daß der precario accipiens nicht blos für culpa lata, ſondern auch für culpa levis haftet, eben weil das precarium lediglich im Intereſſe des Empfängers erfolgt; man wird aber auch noch weiter gehen und ſelbſt die Haftung für casus behaupten müſſen, da der Käufer, ſelbſt wo er nur Detention erhält, nach fr. 16. de peric. et comm. (18, 6.)[8]) den casus präſtiren ſoll, und da ihn dieſer auch ſchon vor der Tradition, bei obligatio speciei, traf. Iſt hier eine beſtimmte Zahlungsfriſt geſetzt, ſo kann man während dieſer Friſt auch weiter den willkührlichen Aufruf des precarium in dubio nicht annehmen.

Nach dieſer Auffaſſung erhält alſo die vielfach beſprochene L. 3. C. cit. einen ganz einfachen Sinn. Sie denkt als Gegenſatz der bloßen Uebertragung des Beſitzes lediglich den der unbedingten Eigenthumsübertragung, und ſpricht in dieſem letzteren Falle conſequent dem Verkäufer die rei vindicatio ab. Bei der Suppoſition bedingter Eigenthumsübertragung, die ohnehin im römiſchen Rechte nicht viel vorkommen mochte, ließ ſie ſich nur unter Annahme weiterer Suppoſitionen erklären. Sie ſcheidet aber dieſen Fall bedingter Eigenthumsübertragung aus, und derſelbe erhält ſeine richtige Deutung gleich darauf in der L. 4. C. eod., die wenigſtens darauf bezogen werden kann.

---

[8]) Servi emtor, si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit, quoniam non videtur traditus, cujus possessio per locationem retinetur a venditore. Periculum autem ejus servi ad emtorem pertinet, quod tamen sine dolo venditoris intervenerit.

Ad b. Der Käufer erhält nur Detention. — Auch dieſer Fall läßt ſich quellenmäßig conſtatiren, cfr. fr. 16. de peric. et comm. (18, 6.) und fr. 20. §. 2. fr. 21. und 22. pr. loc. (19, 2.)*) — Daß die Gewährung der Detention hier regelmäßig mit bedingter locatio conductio vorkommen wird, mag zugegeben werden, indeß nothwendig iſt dies nicht, da ja möglicher Weiſe das verkaufte Object beim Käufer deponirt, vgl. fr. 4. pr. de R. C. (12, 1.) oder ihm zum Commodat, resp. namentlich zum precarium ohne juriſtiſchen Beſitz hingegeben werden kann. Der Regelfall des Abſchluſſes einer locatio conductio läßt dieſe als eine lediglich bedingte erſcheinen, bei welcher der Verkäufer nicht obligirt wird, wie es in den Quellen heißt, was mit der Gloſſe indeß nur darauf zu beziehen iſt, daß der casus ihn nicht trifft, und daß die Klage aus der locatio conductio, wie dies auch ausdrücklich ausgeſprochen, für den Vermiether erſt dann Platz greift, wenn der Kaufcontract hinweggefallen.

Was nun die Berechtigung des Käufers bis zu dem Zeitpunkte, wo die Sache definitiv entſchieden wird, in dieſen Fällen unter Nr. 2. anlangt, ſo wird es unbedenklich

*) Wegen fr. 16. cit. cf. not. 8. pag. 100. — fr. 20. §. 2.: Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti quum emtor fundum conducit, donec pretium exsolvat. fr. 21: Quum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emtor fundum conductum haberet, an soluta pecunia merces accepto fieri debeat? Respondi: bona fides exigit, ut, quod convenit, fiat; sed non amplius praestet is venditori, quam pro portione ejus temporis, quo pecunia numerata non esset. fr. 22. pr.: Item si pretio non soluto inemta res facta sit, tunc ex locato erit actio. Vergl. fr. 20. §. 1. de praescriptis verb. (19, 5.).

zugegeben werden müſſen, daß er dort, wo er nur Detentor ward, zu den Interdicten nicht berechtigt erſcheint. Und daß der bloße Detentor die Rechtsmittel aus dem publicianiſchen Rechte habe, iſt theoretiſch ungedenkbar und quellenmäßig nicht zu beweiſen. — Wo der Käufer dagegen den juriſtiſchen Beſitz erhält, wird er zu den Interdicten berechtigt erklärt werden müſſen, wenn er nicht bloß ſuspenſiv bedingter Beſitzer ward, was eben in dubio bei erfolgter Tradition nicht anzunehmen iſt, da ſelbſt nicht einmal für Reſolutivbedingung eine Präſumtion ſpricht, ſondern regelmaßig unbedingter Beſitzerwerb behauptet werden muß. Wo der Käufer ſonach zu den Interdicten berechtigt iſt, wäre es freilich möglich, ſeine Berechtigung auf dieſes Maaß zu beſchränken. Quellenmäßig iſt hier aber wohl ſeine Berechtigung ausgedehnt, er nämlich zum publicianiſchen Rechte zugelaſſen. Dies ſcheint unwiderleglich aus dem fr. 8. de Publ. in rem act. (6, 2.) und fr. 1. §. 2. de exc. de rei vend. et trad. (21, 3.) [10]) zu folgen. Denn auf den Fall der Detention können dieſe Quellenſtellen nicht bezogen werden und, wie ſchon oben nachgewieſen, auf den Fall bedingter Eigenthumsübertragung paſſen ſie gleichfalls nicht. Bei einer Reſolutivbedingung würde ohnehin das fr. 1. §. 2. cit. unerklärbar ſein, da dem Verkäufer, wie nach jener Stelle ausdrücklich geſchieht, ſonſt pendente conditione wohl ſchwerlich die rei vindicatio gegeben werden könnte. Und bei einer Sus-

[10]) fr. 8.: De pretio vero soluto nihil exprimitur. Unde potest conjectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium. Wegen fr. 1. §. 2. cit. cfr. not. 2. pag. 41.

penſivbedingung würde die Berechtigung zur Publiciana aus dem noch gar nicht zur Wirkung kommenden Eigenthum nicht, ſondern nur aus ſeinem Rechte als Beſitzer abgeleitet werden können. — Daß dem bloßen Beſitzer hier auf die Dauer ſeines Beſitzes auch die publicianiſchen Rechtsmittel zugeſprochen werden, iſt übrigens bei der Anomalie dieſes Rechtes auch gar nicht ſo ſehr auffällig, wenn man nur bedenkt, daß die Befugniß zu dieſen Rechtsmitteln ſich auch anderweitig im römiſchen Rechte von der Lehre der Uſucapion, ſowie von der bonae fidei possessio zum Zweck des Fruchterwerbs, abgeſondert hat. Jenes, indem das Andauern des Beſitzes, ja in gewiſſen Fällen ſogar das Vorhandengeweſenſein desſelben für die Publiciana actio nicht nöthig war, ſowie denn auch im heutigen Rechte andauernde bona fides nicht verlangt wird, — dieſes, indem für den Fruchterwerb fortdauernde bona fides verlangt und dagegen das Requiſit der Uſucapionsfähigkeit der Sache aufgegeben ward. — Ueberdies können die im fr. 14. de Publ. (6, 2.) [11]) geſtatteten publicianiſchen Rechtsmittel doch auch nur aus ſeinem Beſitze abgeleitet werden, da er mehr als dieſen in jenem Fall durch die Tradition gewiß nicht erhielt. Und warum ſollte denn nicht in dem hier zur Frage ſtehenden Falle eben ſo gut, als im Fall des fr. 14. cit. für den Käufer das publicianiſche Recht behauptet werden? Gründe für das Gegentheil mangeln. Freilich beweiſet aber das fr. 14. cit. nur dann, wenn die denunciatio, wie wir annahmen, an den Käufer geſchah, denn wenn er um das Verbot des dominus nicht wußte, ſo war

[11]) cfr. not. 1. pag. 41. und Text dazu.

ſein Wille auf Erlangung von mehr als blos des Beſitzes gerichtet.

Werfen wir nun die Frage auf, welches Recht der Käufer pretio non soluto durch die Tradition in dubio erhält, ſo wird die Antwort nur dahin lauten können, daß er präſumtiv juriſtiſcher Beſitzer, und damit hier publicianiſch Berechtigter wird. Alle anderen gedenkbaren Möglichkeiten ſind in dubio nicht anzunehmen, bedürfen einer weiteren Conſtatirung.

Daß der Käufer regelmäßig nicht unbedingter Eigenthümer wird, iſt allgemein anerkannt, denn es wird allgemein angenommen, daß es der beſonderen Conſtatirung dahin, es habe der Verkäufer dem Käufer fides gegeben, bedarf. Und wo gar der Wille, das Eigenthum zu reſerviren, ausgeſprochen iſt, kann, von anomalen Fällen abgeſehen, die unbedingte Eigenthumsübertragung nicht behauptet werden. — Sonach bliebe alſo nur Zweifel in Betreff der übrigen Möglichkeiten. Wenn man ſich hier oft zu Gunſten bedingter Eigenthumsübertragung ausgeſprochen hat, ſo geſchah dies anſcheinend, weil man glaubte, daß die objective causa, Kauf, zur Annahme eines Eigenthumsüberganges zwinge, oder, weil man den §. 41. J. de rer. div. (2, 1.), resp. das fr. 19. de contr. emt. (18, 1.)[12]) und das fr. 11. §. 2. de A. E. V. (19, 1.)[13]) falſch interpre-

[12]) cfr. not. 1. pag. 84.

[13]) Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem nummos venditoris facere cogitur.

ſirte. Jener Grund des Irrthums tritt ziemlich deutlich hervor bei Duncker l. c. S. 161., wenn es dort heißt: „Soll das Eigenthum nicht übergehen durch eine Tradition, welche unter ſonſt gleichen Vorausſetzungen daſſelbe überträgt, ſo kann dieſe Wirkung möglicher Weiſe nur durch eine Bedingung herbeigeführt werden.“ Das Irrige dieſer Behauptung folgt aus der ganzen Darſtellung. Die gleiche Vorausſetzung, die behauptet wird, liegt nicht vor, und möglich iſt jedenfalls, daß man, ſtatt den Eigenthumsübergang bedingt vorzunehmen, den Eigenthumsvertrag ſelbſt ſuspendirt, d. h. hinausſchiebt, obgleich man dennoch die nuda traditio vornimmt. — Dieſer Grund des Irrthums, der ziemlich deutlich bei Puchta Vorleſungen ad §. 148. in der hier oben S. 91 fin. mitgetheilten Stelle unterzuliegen ſcheint, würde dahin gehen, daß durch die citirten Quellenſtellen der Eigenthumsübergang bei der Tradition in Grundlage des Kaufcontracts von der Zahlung oder Gewährung der fides, als einer Bedingung, abhängig gemacht ſei. Hieraus ſchloß man (während per argumentum a contrario daraus, wenn nicht mit beſſerem, ſo doch mit demſelben Rechte gefolgert werden könnte, es gehe gar kein Eigenthum über), daß der Eigenthumsübergang dennoch, aber freilich nur bedingt, erfolge. Das Unrichtige dieſes Schluſſes iſt ſchon angegeben, und liegt von ſelbſt zu Tage, überdies iſt aber auch die Prämiſſe des Schluſſes falſch, denn von der Zahlung oder Creditirung des Preiſes iſt der Eigenthumsübergang nicht, gleichwie von einer Bedingung, abhängig gemacht, es iſt nur, wie ſchon oben nachgewieſen, eine Interpretationsregel dahin, daß trotz der Tradition der Eigenthumsübergang negirt werden müſſe, aufgeſtellt.

Möge nun aber auch der Irrthum hier oder dort seinen Grund haben, jedenfalls ist ja die Möglichkeit, daß der Käufer selbst nicht einmal bedingter Eigenthümer wird, theoretisch und quellenmäßig nicht wegzuleugnen. Bei besonderer Beredung, daß das Eigenthum reservirt bleiben solle, „pactum reservati dominii“ , scheint schon der Wortlaut darauf zu deuten, daß das Eigenthum auch nicht einmal bedingt übergehen solle, wenigstens scheint diese Erklärung die einfachere zu sein. Und warum sollte denn diese Beredung, die doch offensichtlich gleich scheint mit dem „ut tunc efficiantur, quum nupserit“, „ut secutis nuptiis incipiant esse“, „ut nuptiis secutis dotis efficiantur“, „ut tunc demum faciat accipientis, quum mors fuerit insecuta“, nicht ebensowohl hier, wie bei der Dos und bei der Schenkung mortis causa die Bedeutung haben, daß lediglich Besitz, also das Eigenthum nicht, auch nicht einmal bedingt, übertragen worden? Für die Dos und für die bezeichnete Schenkung ist aber oben schon jene Bedeutung nachgewiesen, und wer die Ausführnng des §. 9. und 10. billigt, wird deshalb auch hier keinen Anstand nehmen, in dubio hier den Eigenthumsübergang zu negiren. — Wo nun aber eine ausdrückliche Beredung, daß das Eigenthum reservirt bleiben, d. h. der Eigenthumsvertrag suspendirt, also dieser Vertrag hinausgeschoben sein solle, nicht vorgekommen ist, wo also ohne besondere Beredung der Verkäufer pretio non soluto tradirte, und dennoch es an Momenten fehlt, woraus ersehen werden kann, daß er dem Käufer fides in dem prägnanten Sinne gegeben, wird sich bedingte Eigenthumsübertragung auch schwerlich annehmen lassen; man müßte denn hier aus den bloßen Thatsachen

ohne alle Beredung eine stillschweigende Bedingung heraus-interpretiren.

Bedenkt man nun weiter, daß das fr. 1. §. 2. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.) und das fr. 8. de Publ. (6, 2.) dem Käufer, ohne auf die verschiedenen Möglichkeiten einzugehen, nur publicianische Rechtsmittel gewähren, so kann, wie schon ausgeführt, von resolutiv bedingtem Eigenthume, an welches doch bei erfolgter Tradition zunächst gedacht werden müßte, wohl schwerlich geredet werden, aber ebensowenig auch an suspensiv bedingtes Eigenthum, da, wenn selbst dies zunächst anzunehmen wäre, schwerlich der Fall der Resolutivbedingung übersehen wäre, wenn man doch an bedingtes Eigenthum dachte. Jene Quellenstellen haben den Regelfall im Auge, und indem sie die übrigen Möglichkeiten gar nicht erörtern, zeigen sie uns, daß wir an diese in dubio auch gar nicht zu denken haben. Endlich aber scheint auch das fr. 5. §. 18. de tribut. act. (14, 4.) für den hier zur Frage stehenden Fall der sogenannten Nichtcreditirung durch die Worte: „non alias desinunt esse meae" deutlich genug auszudrücken, daß an bedingte Eigenthumsübertragung gar nicht zu denken ist, gewiß nicht an resolutiv bedingte, richtig verstanden aber auch nicht an suspensiv bedingte.

Es ist nun aber, und das soll zur Vermeidung von Irrthümern hier hervorgehoben werden, der gegentheiligen Ansicht eine gewisse Berechtigung zuzusprechen. Möglich wäre nämlich, und dies kommt nicht selten bei schriftlicher Verhandlung im Rechtsleben vor, die Verbinduug der ausdrücklichen Beredung, daß das Eigenthum übergehen solle, mit der anderen ausdrücklichen Beredung, daß es reservirt

bleiben ſolle. Hier liegt nach dem oben Geſagten ein Widerſpruch in dem erklärten Parteiwillen vor, da die letztere Beredung auf Suspendirung, d. h. Hinausſchiebung des Eigenthumsvertrages nicht auf ſuspenſiv bedingte Vornahme deſſelben zu beziehen iſt, und dennoch muß man, wenn nicht die eine Erklärung die andere aufhebt, was in dubio wohl nicht anzunehmen iſt, beide in Einklang zu bringen ſuchen. Die einfachſte Art, dies zu thun, iſt die, daß man den Eigenthumsvertrag für bedingt erklärt, ob für ſuspenſiv oder reſolutiv bedingt, iſt aus den umliegenden Verhältniſſen zu entnehmen. — Dieſe Löſung des Widerſpruchs in dem erklärten Parteiwillen, die ſehr einfacher Art iſt, wird nun aber dort nicht angewendet werden können, wo bedingte Eigenthumsübertragung, ſei es wegen des Objects, oder wegen der gewählten Form der Erklärung, unmöglich iſt. Unmöglich war die Hinzufügung einer Bedingung bei der mancipatio, und ebenſo höchſt wahrſcheinlich im deutſchen Rechte bei der Ingroſſation von Immobilien. Die letztere, eine feierliche, vor dem verſammelten Volke, oder mindeſtens vor einer Behörde vorgenommene Handlung, beſtimmt, dem Erwerber ein nicht zu bezweifelndes Recht zu gewähren, litt es ſchwerlich, daß ihr Erfolg von einer Bedingung abhängig gemacht wurde, und finden wir hier nach Duncker auch nie eine Bedingung beigefügt. Dort, wo die Ingroſſation untergegangen, zur Sicherung des Hypothekenweſens aber eine Verlaſſung für Immobilien vorgeſchrieben iſt, wird man, wenn nicht der gewollte Zweck des Hypothekenweſens wieder ganz umgeſtoßen werden ſoll, die Möglichkeit bedingter Eigenthumsübertragung gleichfalls ausſchließen müſſen, wie man dies in vielen Particularrechten, wenn vielleicht

auch nicht direct, ſondern nur indirect gethan hat. Iſt dieſe Anſchauungsweiſe richtig, war alſo die Ingroſſation der Immobilien in Deutſchland, und iſt ebenſo die heutige Verlaſſung von Grundſtücken bedingt nicht möglich, und konnte, resp. kann darnach die neben dieſen, die Eigenthumsübertragung ausdrücklich erklärenden, Acten, eine weitere Beredung der Reſervation des Eigenthums nicht als Bedingung aufgefaßt werden, ſo iſt der Widerſpruch auf andere Weiſe zu löſen. Die Eigenthumsübertragung kann auch nicht negirt werden, und ſomit bleibt denn nur übrig, die Reſervation des Eigenthums zu negiren. Aber freilich, da die Parteien einen Zweck mit dieſer Beredung verbanden, da dieſer Zweck darauf ging, dem Verkäufer Sicherheit zu gewähren, ſo kann und wird man geneigt ſein, jener Beredung die abgeſchwächtere Wirkung der Beſtellung einer Hypothek zu geben. Dies iſt denn auch wohl der Grund, warum in ſo manchen Particularrechten der Reſervation des Eigenthums lediglich die Bedeutung einer Hypothek beigemeſſen iſt, wenn auch freilich dieſe Hypothek oft als beſonders privilegirt betrachtet ward. Und ſo war, resp. iſt es leicht möglich, daß die Juriſten das für die wichtigſten Sachen, nämlich die Immobilien, geltende Recht auch auf die Mobilien anwendeten, und gewöhnt, in der Reſervation des Eigenthums nur eine Hypothekbeſtellung zu finden, dieſe auch bei den Mobilien und überall dort, wo es an der ausdrücklichen Erklärung, das Eigenthum unbedingt übertragen zu wollen, fehlte, lediglich dahin interpretirten, daß dem Verkäufer zu ſeiner Sicherheit ein Pfandrecht gegeben ſei. Wo indeß eine ſolche Interpretation nicht geſetzlich oder gewohnheitsrechtlich unumſtößlich feſtgeſtellt

iſt, da wird man ſie aufgeben müſſen, alſo in dubio nur den Beſitz für übertragen annehmen, und nur bei etwa offenſichtlich vorliegendem Widerſpruch im Parteiwillen bedingten Eigenthumsübergang, oder unbedingten, mit Beſtellung einer Hypothek, behaupten können. Dieſe letzteren Fälle ſind alſo die Ausnahmsfälle, die namentlich dann nicht zur Anwendung kommen können, wenn es an jeglicher ausdrücklicher Beredung hinſichtlich des pretio non soluto beim Kaufcontract zu gewährenden Rechtes fehlt.

Iſt's nun ſonach bei der Tradition in Grundlage eines Kaufcontractes pretio non soluto als erwieſen anzunehmen, daß in dubio dieſe traditio auch nicht einmal bedingtes Eigenthum gewährt, ſo bleibt noch die Frage zu erörtern, ob in dubio der juriſtiſche Beſitz oder die Detention vom Käufer erworben wird? Hier muß man nun ſchon nach §. 2., wenn der Wille, Eigenthum zu übertragen, nicht vorliegt, in dubio den juriſtiſchen Beſitz für erworben behaupten, da ein alieno nomine possidere nicht zu präſumiren iſt. Es läßt ſich dieſe Behauptung hier aber auch noch anderweitig direct beweiſen. Beim Depoſitum und Commodat, ſowie bei der locatio conductio, wird es an einer ausdrücklichen Erklärung, namentlich im letzteren Fall wegen der Beredung eines Miethpreiſes nicht fehlen, wenigſtens weiſen alle Verhältniſſe eben durch ihre Beredung nach, daß nur Detention erworben werden ſollte, nicht aber von dieſen und ähnlichen Fällen ausdrücklicher oder indirecter Erklärung gilt die oben aufgeworfene Frage, ſondern nur für den Zweifelsfall, wo die umliegenden Verhältniſſe den Willen nicht ergeben. Für dieſen Zweifelsfall würde aber gerade der Empfänger nach römiſchem Rechte zunächſt als Precariſt,

der aber allerdings außer für culpa levis hier auch für periculum einsteht, angesehen werden müssen; das precarium aber gewährt, wie dies nicht bezweifelt wird, in dubio den juristischen Besitz. Für den hier zur Frage stehenden Fall scheint dies ausdrücklich ausgesprochen zu sein im fr. 16. de peric. (18, 6.) not. 8. pag. 100. durch die Worte: „si eum conductum rogavit“, in Beihalt des fr. 10. §. 1. und 2. de poss. (41, 2.). Jene Stelle weis't indeß auch anderweitig auf dasselbe Resultat hin durch die Worte: non videtur traditus is, cujus possessio per locationem retinetur a venditore.“ — Ueberdies bestätigen das fr. 1. §. 2. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.) und das fr. 8. resp. 14. de Publ. (6, 2.) gleichfalls die aufgestellte Behauptung, da sie als Regel, wie schon oben ausgesprochen, das publicianische Recht für den Käufer behaupten, ohne daß sie der Nothwendigkeit des Besitzerwerbes und des hierauf gerichteten Willens Erwähnung thun. — Selbstverständlich aber ist dies nur der Regelfall, der eben dann eintritt, wenn die umliegenden Verhältnisse einen andern Willen nicht darthun.

Wenden wir uns nunmehr der vielfach ventilirten Frage zu, wie der Kaufcontract in den Fällen pretio non soluto aufzufassen sei, so muß wohl unbedenklich zugegeben werden, daß er hinwegfallen muß, wenn, sei es aus welchem Grunde es auch immer wolle, der Verkäufer hiezu befugt suo jure utitur. Dies Resultat scheint unwiderleglich aus der Natur der Sache zu folgen, und quellenmäßig durch das fr. 5. §. 18. de tribut. act. (14, 4.)[14]), sowie durch das fr. 22. pr. loc.

[14]) Sed si dedi mercedem meam vendendam, et exstat, videamus, ne iniquum sit, in tributum me vocari? Et si quidem in

bestätigt zu sein. Hierbei ist jedoch hervorzuheben, daß im Fall unbedingter Eigenthumsübertragung nur dann von einer Auflösung des obligatorischen Vertrages geredet werden kann, wenn dem Verkäufer persönliche Klage auf Rückgabe des Objectes gewährt ward. — In welcher Weise dies Hinwegfallen des Kaufcontractes zu denken sei, ist eben der bestrittene Punct. Die Antwort auf die Frage kann wohl nur sein, daß das Hinwegfallen geschieht nach dem Grundsatze eines zu Gunsten des Verkäufers beigefügten Pönal-Vertrages. Daß dieser, in gewisser Hinsicht eine Bedingung enthaltend, hier nicht ausgeschlossen ist für den oben angeführten Fall unbedingter Eigenthumsübertragung, bedarf einer weiteren Erörterung nach dem §. 5. no. 2. Gesagten wohl nicht. Die dort erwähnte condictio c. d. c. n. s. zeigt, daß trotz unbedingter Eigenthumsübertragung die causa wegen einer ihr beigefügten Bedingung hinwegfallen kann, cfr. noch speciell L. 3. C. h. t. (4, 6.). Bedenklicher scheint die Annahme eines solchen bedingten Pönal-Vertrages für die Fälle, wo es an aller ausdrücklicher Erklärung, und namentlich an einer Erklärung über den Zeitpunct der Zahlung des Preises fehlt. Da nun hier auch quellenmäßig im fr. 1. §. 2. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.)[15]) ohne Rücksicht auf eine Zeitbegrenzung dem Käufer das publicianische Recht gewährt zu sein scheint, so läßt sich allerdings für die hier zur Frage stehenden Fälle das Gesagte anscheinend

creditum ei abiit, tributio locum habebit; enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fidejussore dato, vel alias satisfacto, sciendum erit, vindicare me posse.

[15]) cfr. not. 2. pag. 41.

bezweifeln. Es wird indeß jene Entſcheidung wohl nicht in dieſer Weiſe interpretirt werden dürfen, ſondern es iſt alldort wohl das Gewähren einer Friſt ſtillſchweigend vorausgeſetzt, ſonſt hätte nicht ſo unbedingt, wie dies geſchehen, im fr. 5. §. 18. cit. (14, 4.) die Vindication des Verkäufers behauptet werden können. Denn auch in dieſer Stelle iſt von einer Friſt, wodurch das Recht des Verkäufers beſchrankt würde, keine Rede, und daß der Umſtand der Inſolvenz Grund der Entſcheidung geweſen, liegt nicht vor, vielmehr ſind andere Gründe für die Entſcheidung angeführt, ſo wie denn auch nicht abzuſehen iſt, welchen Unterſchied es machen ſoll, ob der Käufer den Preis nicht zahlt, weil er ihn nicht zahlen kann, oder weil er ihn nicht zahlen will. Ueberdies würde ja auch in dieſem Fall der mangelnden Beredung für den Käufer bei erfolgter Tradition nur ein precarium gewährt ſein, und der Natur dieſes Rechtsinſtituts entſpricht es, daß daſſelbe bei nicht aufgeſtellter Friſt jeden Augenblick, ſei es mit der rei vindicatio oder dem interdictum de precario [fr. 20. h. t. (43, 26.)], widerruflich iſt, ſo daß alſo auch hiedurch die geſtellte Behauptung gerechtfertigt würde. — Ob die ſonach für den Kauf in dieſen Fällen beſtehende Bedingung dieſen und damit das Recht des Käufers an dem Objecte ſelbſt, wenn nicht unbedingte Eigenthumsübertragung ſtattfand, ipso jure und retrotractiv mit der Erklärung des Verkäufers, von ſeinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, hinfällig macht, oder ob der Kaufcontract, resp. das Recht des Käufers, erſt durch die Klaganſtellung, oder gar erſt durch das Urtheil auf dieſelbe (bei unbedingtem Eigenthumsübergang durch die Execution hinſichtlich des Rechtes) beſeitigt werden ſoll, iſt

quaestio facti. Jenes findet ſtatt bei der lex commissoria, und es ſcheint, daß die römiſchen Juriſten bei dieſer den Eigenthumsübergang, nämlich unter einer Bedingung, in dubio annahmen, obgleich die lex commissoria, wie ſchon oben erwähnt, zunächſt nur der obligatio beigefügt war, weshalb neben ihr auch die anderen erwähnten Möglichkeiten des durch die traditio verſchafften Rechtes gedenkbar bleiben, und namentlich bei ausdrücklich ausgeſprochener Reſervation des Eigenthums nur Beſitzübertragung wird behauptet werden können. Dieſes wird überall dort, wo die lex commissoria nicht beredet ward, angenommen werden müſſen, ſo daß alſo in dubio nicht ſchon durch die Erklärung des Verkäufers der Kaufcontract hinwegfällt, und wird überdies in dubio weiter, abgeſehen von dem gedachten Ausnahmsfall der unbedingten Eigenthumsübertragung hinſichtlich der obligatio und des gewährten Rechtes an dem Objecte, nach dem Grundſatze „omnia judicia sunt absolutoria“, im Zweifelsfall erſt durch das Erfolgen des verurtheilenden Erkenntniſſes, dem Käufer die Befugniß, ſich im Contracte und in ſeinem Rechte am Objecte zu erhalten, genommen. Dies ſcheint auch quellenmäßig durch das fr. 22 pr. loc. (19, 2.) gebilligt zu ſein mit den Worten: „Item si pretio non soluto inemta res facta sit, tunc ex locato erit actio“, ſo wie denn auch das fr. 31. quib. mod. pig. (20, 1.)[16]) von denſelben Grundſätzen ausgeht,

[16]) Lex vectigali fundo dicta erat, ut si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum rediret, postea is fundus a possessore pignori datus est. Quaesitum est, an recte pignori datus esset? Respondi: si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesitum est: cum in exso-

und das Hinfallen des Kaufcontractes, resp. des dinglichen Rechtes, erſt mit der pronunciatio annimmt. Da dieſe letztere Stelle auch in anderer Hinſicht noch wichtig erſcheint, ſo wird, obgleich ſie nicht direct hieher gehört, dennoch, weil ihre Gründe größtentheils dieſelben ſind, eine kurze Erklärung derſelben am rechten Platze ſein. Nach ihr beredet der dominus mit dem Emphyteuta, daß, wenn nicht zur beſtimmten Zeit der Canon (ſelbſtverſtändlich jährlich) gezahlt wird, die Emphyteuſe zurückfallen ſoll. Der Erwerber wird hier mehr als bloßer Beſitzer, wenn er auch freilich einmal nur possessor genannt wird, was wohl nur deshalb geſchah, weil der dominus, abgeſehen von der usucapio, aufhört, Beſitzer zu ſein. Denn da die Pflicht zur Zahlung des Canons auf die ganze Dauer des gewollten emphyteutiſchen Rechtes wiederkehrt, ſo iſt wohl nicht anzunehmen, daß der Empfänger nur Beſitzer werden, und die Emphyteuſe alſo niemals zur Exiſtenz kommen ſollte. Auf die Worte: „si pecunia intercessit, pignus esse“, kann für das Gegentheil kein Gewicht gelegt werden, da die Schlußworte „pignoris jus evanuisse“ die Argumente, die daraus entnommen werden können, beſeitigen. Der Wille, daß der Empfänger aber nur Beſitz erwerbe, wenn auch möglich, iſt alſo nicht wahrſcheinlich, und man iſt genöthigt, die einſtweilige Exiſtenz der Emphyteuſe anzunehmen. Ob

---

lutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea **pronunciatum esset** fundum secundum legem domini esse, cujus potior causa esset? Respondi: si, ut proponeretur, vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse. Vergl. fr. 15. qui potiores in pig. (20, 4.)

nun das darnach zu behauptende emphyteutiſche Recht als bedingtes oder unbedingtes aufgefaßt wird, iſt im Endreſultat gleich, da ein Endtermin bei der Emphyteuſe und Superficies, wie bei der locatio conductio und beim Pfandrechte, ipso jure wirkt. Nach der Quellenſtelle ſelbſt wird unbedingtes Recht behauptet werden müſſen, wie dies ſchon aus dem „rediret“, gleichwie aus dem „reverteretur“ der L. 3. C. de pact. int. emt. (4, 54.) zu folgen ſcheint, während freilich in der letzteren Stelle, weil in ihr von abgeleitetem Rechte keine Rede iſt, die Entſcheidung anders ausfallen mußte. Jedenfalls kann an eine Bedingung, — namentlich die lex commissoria —, mit Retrotraction nicht gedacht werden, da es offenſichtlich nicht dem Willen der Parteien gemäß iſt, auch für die früheren Jahre, wo der Canon bezahlt ward, das Rechtsverhältniß rückwärts aufzulöſen. — Zahlt nun der Emphyteuta trotz der Beredung nicht, ſo kann der dominus nach ſeinem Willen („si — — jure suo dominus usus esset“) die Emphyteuſe und den ihr unterliegenden, freilich quellenmäßig als Kaufcontract nicht zu bezeichnenden, obligatoriſchen Vertrag aufrufen, jedoch nur ſo, daß durch die pronunciatio dieſer Erfolg herbeigeführt wird. Weil nun aber darnach die Erfüllung des Vertrags dennoch von dem Willen des einen Contrahenten abhängig gemacht iſt, ſo gehört die Beredung gleich der lex commissaria zu der Gattung der Pönalverträge. So lange indeß das Recht des Käufers noch nicht hinweggefallen, kann gleich ihm jeder Dritte durch Zahlung ihn im Contracte erhalten. Dies Recht wird hier ausdrücklich dem Pfandgläubiger des Emphyteuta geſtattet, und an Gründen für Beſchränkung dieſes Rechts

auf den Pfandgläubiger fehlt es. Sonach dürfte es denn keinem Bedenken unterliegen, daß überall beim Concurse des Käufers das consortium creditorum (die ja auch oft schlechthin als Pfandgläubiger betrachtet werden, indem man ihnen dies Recht, soweit sie es noch nicht hatten, von der Concurseröffnung an beilegt) sich durch Zahlung oder rechtsgültige Oblation des Kaufpreises im Kaufcontract und in dem dem Käufer gewährten Rechte erhalten kann, wenn diese Befugniß zu der Zeit dem Käufer noch zustand.

Hiemit möchte die Tragweite der Ansicht über die Nichtnothwendigkeit der justa causa beim Eigenthumsvertrage für den Kaufcontract wenigstens zur Zeit genügend erörtert sein, und es mag mir nur noch verstattet werden, einen bestätigenden Quellenfall und eine Analogie anzuführen, von denen jener der Lehre der dos, diese der Lehre der Cession angehört.

Wie schon oben §. 9. gesagt, geht bei der Dosbestellung ante nuptias durch Tradition das Eigenthum regelmäßig unbedingt über. Der hier noch zu berührende, dort reservirte, Fall ist der, wo die Dotalgegenstände venditionis causa ästimirt gegeben sind. Geschah die Aestimation nicht venditionis causa, so bleibt es bei der aufgestellten Regel, nicht aber im Fall der venditionis causa aestimatio. Hier ist eigentlich dotal, oder soll es werden, nicht der übergebene Gegenstand, sondern das pretium, die Forderung auf die Ästimationssumme.[17])

Dennoch ist es nicht die Absicht der Contrahenten,

---

[17]) cfr. indeß fr. 16. de jure dot. (23, 3.) und fr. 49. §. 1. solut. mat. (24, 3.)

ſchlechterdings einen Kaufcontract abzuſchließen, ſondern ſie wollen dies nur dotis causa, und es iſt conſequent, daß, wenn dieſer Grund wegfällt, auch die bedingte obligatio, das Kaufgeſchäft zuſammenſinkt, und daher die venditionis causa äſtimirten ſchon tradirten Objecte bei nicht erfolgender Ehe an den Dosbeſteller zurückgehen. Mit welcher Klage er ſie zurückfordert, muß davon abhängen, ob die Tradition im Sinne der Eigenthumsübertragung erfolgte, oder ob das Eigenthum reſervirt ward. In dubio iſt das Letztere anzunehmen, nicht, weil der Kaufcontract als bedingt zu betrachten iſt, ſondern weil bei nicht erfolgter Zahlung, wenn nicht die prägnante fides zu conſtatiren iſt, aus der Tradition beim Kaufcontract auf den Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nicht geſchloſſen werden kann, cfr. fr. 10. §. 4. und 5. und fr. 17. §. 1. de jure dot. (23, 3.). Dennoch aber wird der Empfänger juriſtiſcher Beſitzer, alſo in dubio nicht Detentor, ſonſt hätte die Frage gar nicht aufgeworfen werden können, ob der Empfänger uſucapire, wie dies nach fr. 2. pro dote (41, 9.)[18] anſcheinend geſchah. Weil aber der Wille nicht auf Eigenthumsübertragung, auch nicht einmal auf bedingte Eigenthumsübertragung, gerichtet war, ſo mußte allerdings die Uſucapion geleugnet werden. Daß hier eine Controverſe unter den römiſchen Juriſten geherrſcht, wie Sell l. c. S. 32 in Grundlage des Frag. Vaticanum §. 111. annimmt, beweiſ't die citirte Stelle nicht, wenigſtens nicht deutlich genug, ſonſt würde eben dieſe Controverſe für die geſtellte Behauptung ſprechen,

[18]) Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emtore, nec pro suo ante nuptias usucapietur.

und ſie namentlich dann höchſt erklärlich ſein, wenn wirklich, wie wir oben annahmen, das römiſche Recht dem Käufer, der nur Beſitzer geworden, auch die publicianiſchen Rechtsmittel giebt, und würde ſomit indirect auch für dieſe Berechtigung ein Argument aus dieſer Stelle entnommen werden können. — Eine Controverſe herrſchte in der angegebenen Hinſicht allerdings, wenn ohne Aeſtimation die Dosbeſtellung ante nuptias durch Tradition, unter Reſervation des Eigenthums, geſchah, denn nach fr. 1. §. 2. eod. war es quaestio vulgata, an sponsus possit rem pro dote (auf dieſen Ausdruck bezog ſich die Controverſe nach Frag. Vat. §. 111. wohl nicht, wenigſtens nicht allein) usucapere. Dieſe Stelle zeigt auch, wenn man, wie dies gewiß allgemein geſchieht, die Anſicht Sell's l. c. S. 31., daß auch im Fall des reſervirten Eigenthums usucapio pro suo ſtattfinde, verwirft, daß auch bei der Dos in dieſem Falle der juriſtiſche Beſitz und regelmäßig nur dieſer erworben wird. Bei der Annahme einer Detention würde ja die Frage nach einer Uſucapion gar nicht einmal geſtellt werden können, und mit der Annahme einer bedingten Eigenthumsübertragung verträgt ſich wiederum die Negation der Uſucapion nicht; wenigſtens wäre dieſe Negation falſch, wenn die Bedingung als reſolutive aufgeſtellt ward, und beweiſ't daher dieſe Stelle mindeſtens gegen alle Diejenigen, welche bei Reſervation des Eigenthums reſolutiv bedingten Eigenthumsübergang behaupten. Weil nun aber dieſe Stelle, ſowie die vorhin erwähnte, falls ſie an bedingten Eigenthumsvertrag dachte, die reſolutive Bedingung nicht beſonders hervorhob, (obgleich an dieſe wegen der erfolgten Tradition zunächſt zu denken war, und dieſes Uebergehen jedenfalls gar nicht

zu erklären sein würde), so muß man doch wohl billigerweise die Supposition, daß an bedingte Eigenthumsübertragung bei Reservation des Eigenthumes gedacht worden, fallen lassen. — Durch diese Ausführung dürfte die Behauptung des §. 9., namentlich not. 1. pag. 74., daß bei der Dos im Fall reservirten Eigenthums in dubio Besitz erworben, genügend bewahrheitet sein, sowie denn auch die Bestätigung für die Lehre des Kaufcontracts aus derselben zu Tage liegt.

In der Lehre der Cession hat man auch die Frage aufgeworfen, ob dort, wo auf Grundlage eines Kaufcontractes die Cession zu beschaffen ist, pretio non soluto die Cession als vorhanden angesehen werden müsse. Man wird für die Beantwortung dieser Frage zu berücksichtigen haben, daß der Act der Cession (nach römischem Rechte als Mandat aufzufassen) entweder ausdrücklich vorgenommen werden kann, oder durch stillschweigende Willenserklärung geschieht, indem aus concludenten Thatsachen der Wille, zu cediren, entnommen werden darf. Bei ausdrücklicher erfolgter Erklärung, cediren zu wollen, wird man den Act der Cession nicht wegleugnen können, bei der stillschweigenden aber ist es gedenkbar, daß die Thatsachen, die sonst den Willen, zu cediren, erschließen lassen, den Schluß deshalb bedenklich machen, weil der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, so daß also die stillschweigende Willenserklärung eben wegen dieser mitvorgekommenen Thatsache, oder richtiger, wegen Nichterfolgen dieser Thatsache, negirt werden muß. Diese ganze Untersuchung über die Wirkung der Nichtzahlung des Kaufpreises, wenn in Folge Kaufcontracts eine Cession vorgenommen werden soll, hat indeß weniger Bedeutung, da regelmäßig im Rechtsleben der Act der Cession in eine aus-

drückliche Willenserklärung gekleidet wird. Nur ein Fall oft gedachter und genannter ſtillſchweigender Ceſſion mag hier näher in's Auge gefaßt werden, es iſt der des Gebens und Nehmens des Schulddocuments. Daß hierin die Ertheilung eines Mandats und resp. der Act der Ceſſion (der ja nach römiſchem Rechte gleichfalls als mandatum in rem suam zu betrachten iſt) liegen kann, da beide Rechtsgeſchäfte formlos ſind, alſo auch durch ſtillſchweigende Willenserklärung zu Stande kommen können, iſt gewiß nicht zu bezweifeln, ſowie es denn auch an Quellenbelägen hiefür nicht mangelt. — Für das Mandat genügt eine Verweiſung auf die L. 11. C. de pact. conv. (5, 14.)[19]), wo deutlich aus den angegebenen Umſtänden die nur aus dem Geſichtspunkte eines Mandats zu erklärende Berechtigung des Mannes, die Frau hinſichtlich der Paraphernalforderungen vor Gericht zu vertreten, hergeleitet wird, obgleich daneben freilich noch bemerkt iſt, daß das Geben und Nehmen der Schulddocumente und deren Paraphernalqualität im Dotal-Inſtrumente mitverzeichnet ſei. Somit würde denn dieſer Fall aus denen der ſ. g. mandata praesumta ausſcheiden, indem nicht ein Mandat präſumirt wird,

---

[19]) Si mulier marito suo nomina, id est foeneraticias cautiones, quae extra dotem sunt, dederit, ut loco paraphernorum apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum, utrumne habeat aliquas ex his actiones maritus, sive directas sive utiles, an penes uxorem omnes remaneant, in quem eventum dandae sint marito actiones? quaerebatur. Sancimus itaque, si quid tale evenerit, actiones quidem omnimodo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari easdem actiones movere apud competentes judices, nulla ratihabitione ab eo exigenda, — —

ſondern bewieſen vorliegt, und eben deshalb bedarf es der cautio de rato von Seiten des Mannes nicht. Die übrigen oft erwähnten Fälle eines ſ. g. mandatum praesumtum tragen ja auch, wie Morſtadt, Proceßſchlüſſel S. 126 und 127, richtig lehrt, einen falſchen Namen, da nicht ein Mandat, ſondern nur eine negotiorum gestio, die Grundlage für die Vertretungsbefugniß bildet. — In Betreff der Ceſſion iſt zu allegiren das fr. 49. pr. solut. mat. (24, 3.) und die L. 2. C. de O. et A. (4, 10.)[20], in welchen Stellen deutlich aus dem Geben und Nehmen des Schulddocuments eine Ceſſion erſchloſſen wird. — Es erhebt ſich nun, dieſe Thatſache vorausgeſetzt, für den Kaufcontract pretio non soluto die Frage: ob eine gleiche Interpretation eintreten darf, oder ob, ebenſo wie beim Geben und Nehmen einer res corporalis, das Eigenthum, hier die Ceſſion, geleugnet werden muß. Freilich iſt auch das Schulddocument eine res corporalis, an dem der Empfänger Detention oder juriſtiſchen Beſitz oder Eigenthum erhalten kann, aber ob das eine oder andere

---

[20]) fr. 49. pr. Maevia marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum solidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Maeviae caverat, daturum se, quum nuptum ire coepisset, decem; ex eo iustrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Quaesitum est, si dos a marito petatur, an compellendus sit, etiam illam summam, quae instrumento contineatur, refundere? Respondi: potuisse quidem eum, cui actiones mandatae sunt debitorem convenire, sed si sine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potuerit, neque dotis nomine eum conveniri posse, neque mandati judicio. — L. 2. C.: Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem, ad similitudinem ejus, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est.

Rechtsverhältniß für ihn an der Urkunde entſtehen ſoll, das iſt die untergeordnete Rückſicht, da die Urkunde, lediglich ein Beweismittel, nur Acceſſorium der Forderung iſt. Viel bedeutender iſt die Frage darnach, welche Bedeutung das Geben und Nehmen des Documents für die Berechtigung aus der Forderung hat, ob es nur zum Zweck der Aufbewahrung (Depoſitum), oder zur Vornahme eines Verwaltungsactes (Mandat), oder zur Beſchaffung der Ceſſion geſchah, und die Beantwortung dieſer Frage entſcheidet ſich nicht ſchlechterdings aus der Beantwortung der Frage, welches Recht der Empfänger an der Urkunde erwirbt. Daher denkt die L. 11. C. cit., ohne nach dem Rechte des Empfängers am Schulddocumente zu fragen, nur an die anderweitigen angegebenen Gegenſätze, indem ſie referirt, daß Streit darüber exiſtirt habe, ob nicht dem Manne, wo ihm die Paraphernalforderungs-Inſtrumente gegeben ſind, actiones — sive directas, sive utiles — zuſtänden, und allerdings konnte hier ein ähnlicher Zweifel, wie im fr. 9. §. 3. de jure dot. (23, 3.) (cfr. §. 19.) erhoben werden, es mußte hier aber auch die Entſcheidung, wie dort, erfolgen, alſo die Ceſſion geleugnet werden. — Anders ſteht es beim Kaufcontracte, denn man kann hier nicht, je nachdem das pretium gezahlt iſt, oder nicht gezahlt ward, dem Geben und Nehmen des Documents einen zweifachen, verſchiedenen Sinn unterlegen, wie bei der Tradition einer res corporalis, da an Ertheilung eines Mandats nicht gedacht werden kann. Traut der Verkäufer dem Käufer nicht, ſo nimmt er die Ceſſion nicht vor, aber er behält dann auch ſein Document. Das Weggeben blos des Beſitzes einer Urkunde auf Credit iſt ungewöhnlich, noch ungewöhnlicher, als das

Weggeben von Fungibilien blos zum Besitz, und es ist daher nicht blos bedenklich, pretio non soluto beim Geben und Nehmen der Urkunde den Act der Cession zu leugnen, sondern es wird diese Thatsache auch ohne Rücksicht auf Zahlung des Kaufschillings den Schluß auf den Willen, zu cediren, gestatten, da sie zeigt, daß der Verkäufer dem Käufer vollständig fides gewährt hat. Natürlich ist bei dieser Interpretation von den Fällen abgesehen, wo eine nicht schriftliche Cession, wie bei intabulirten Forderungen ungewöhnlich, oder gar unzulässig ist, denn dann wird man freilich im Geben und Nehmen der Urkunde eine Cession nicht finden, resp. nicht finden können, aber freilich wird dann auch der Umstand, ob die Zahlung erfolgt ist oder nicht, bedeutungslos erscheinen. — Ohne Rücksicht freilich auf diese letztere Ausführung ist übrigens für die Lehre der Cession das Richtige schon vollständig von Puchta in seinen Vorlesungen §. 281. der Pandecten vorgetragen. Wenn es dort zur Begründung heißt: „Die Tradition kann möglicher Weise in einer doppelten Absicht, entweder der der Eigenthumsübertragung, oder der **bloßen Besitzübertragung**, vorgenommen worden sein; das erste ist beim Kauf nicht anzunehmen, wenn der Verkäufer nicht befriedigt, oder ein Aufschub der Befriedigung nicht verabredet worden ist" —, so sollte man kaum glauben, daß die richtige Ansicht über die Tradition in Grundlage eines Kaufcontractes pretio non soluto einer Erörterung bedurft hätte. Aber diese gelegentliche richtige Aeußerung ließ in der Lehre der Tradition, wo man noch von der irrigen Ansicht über die justa causa befangen war, die richtige Anschauungsweise nicht zur Geltung gelangen, ja

Puchta selbst, von dem diese richtige Aeußerung stammt, hat dieselbe weder in den Pandecten, noch in den Institutionen bei der Lehre der Tradition angewendet.

§. 12.

Schluß der quellenmäßigen Begründung.

Wir haben nunmehr gezeigt, daß nicht blos quellenmäßig unter Nichtberücksichtigung der justa causa der Act der Eigenthumsübertragung lediglich von dem Willen der Parteien abhängig gemacht ward, sondern auch, daß das Gegentheil nicht festgestellt ist. Wir sahen dabei, daß die bei der Usucapion erwähnte justa causa zu einer entgegengesetzten Ansicht nicht führt — daß die Lehre der Condictionen nur mit der diesseitigen Ansicht zu vereinigen ist — und daß quellenmäßig bei dem Darlehn, den Innominat-Contracten, der Dos, der Schenkung und dem Kauf (welche alle immer als justae causae der Eigenthumsübertragung betrachtet sind), es stets nur auf den Willen der Parteien ankommen soll, um in Grundlage ihrer bei erfolgter Tradition den Eigenthumsübergang anzunehmen.

Damit dürfte die directe Bestätigung der diesseitigen Ansicht genügend erfolgt sein; es ist jedoch eine weitere indirecte Bestätigung durch Vertheidigung unserer Ansicht gegen Anfechtung am Platze.

§. 13.

II. Vertheidigung der diesseitigen Ansicht.

Wenn auch eine justa causa als objectives Requisit des Eigenthumsüberganges durch Vertrag nicht verlangt

werden kann, so wäre es dennoch möglich, daß beim Vorliegen gewisser causae eben durch diese der Eigenthumsübergang trotz des entgegenstehenden, vielleicht sogar ausdrücklich erklärten Willens, für unzulässig gehalten werden müßte. Die Fälle, wo man ein solches Infirmiren des Eigenthumsvertrages könnte behaupten wollen, zerfallen in zwei Classen, in die, wo durch den Inhalt der causa, und die, wo durch gesetzliche Bestimmung wegen der causa, der Eigenthumsübergang als gehindert betrachtet werden kann.

§. 14.

A. Causae, die wegen ihres Inhalts bedeutend sein könnten.

Was diese Fälle anlangt, so ist die Frage direct beim Eigenthumsvertrage nur selten aufgeworfen. Man begnügte sich dort regelmäßig, so auch z. B. Donell an der §. 3. citirten Stelle, damit, nur im Allgemeinen einige dieser causae, die durch ihren Inhalt den Eigenthumsvertrag hindern sollten, anzuführen, und versuchte dann bei der Lehre der einzelnen causae selbst, freilich meist auch nur gelegentlich, darzuthun, daß diese causae den Eigenthumsvertrag infirmirten. — Beim Besitzerwerb hat diese Frage indeß schon eine vollständigere und directere Erörterung erfahren, nämlich bei der Controverse darüber, ob die im römischen Recht erwähnten Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes geschlossen sind oder nicht, ob also der Parteiwille noch mehr hinzufügen kann, oder ob ihm dies nicht gestattet ist. Unsere Absicht kann es hier nicht sein, diese Contro-

verſe zu berühren, wir wollen nur das unterſuchen, ob gewiſſe obligatoriſche Verhältniſſe durch ihr Vorhandenſein die Möglichkeit des Eigenthumswillens ausſchließen. Auch kann es nicht erwartet werden, alle causae, bei denen man auf dieſen Gedanken kommen könnte, hier beſprochen zu finden, nur einige der Hauptfälle, wo die alte Lehre namentlich zu Irrthümern geführt, und auch hier wieder nur die Hauptirrthümer, ſollen einer Betrachtung unterzogen werden.

§. 15.

1. Societas.

Für dieſe ſcheint das fr. 13. §. 1. praescr. verb. (19, 5.) [1]) die Möglichkeit des Eigenthumsübergangs, wenn in Grundlage derſelben eine Tradition erfolgte, zu negiren. Daß dem nicht beigeſtimmt werden kann, wenigſtens nicht allgemein, zeigt ein Blick auf fr. 1. §. 1. und

[1]) Julianus — — scribit: si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emtionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum, vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorrere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit, qui prius fuit, competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se, quod in area, dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem Julianus dandam, id est praescriptis verbis. Ergo si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa, vel pretium, erit societas; idemque, et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.

fr. 2. et 58. pr. pro socio (17, 2.) [2]), und es ist denn auch von Alters her stets anerkannt, daß die Tradition in Grundlage der societas das Eigenthum gewähren könne.

Bei der societas omnium bonorum hat man sogar den Eigenthumsübergang für gesetzlich erleichtert gehalten, obgleich die dafür angeführten oben citirten Stellen die Annahme eines s. g. transitus legalis schwerlich rechtfertigen. Das „tacite tamen creditur intervenire" scheint deutlich schon den Worten nach auszudrücken, daß der Jurist, nur mit einer interpretatio facti beschäftigt, die Tradition nach den vorliegenden Thatsachen als erfolgt ansieht. Von einer gesetzlichen Sanction, oder von einer Aufstellung des Satzes durch die auctoritas der Juristen ist mit keinem Wort die Rede, cfr. auch das oben §. 9. und unten §. 19. Gesagte.

Für die societas quaestus wird gleichfalls unbestritten der Eigenthumsübergang in Betreff der in die Societät inferirten Fungibilien behauptet, und es ist nur Streit darüber, ob auch die übrigen Societäts-Objecte, die diese Qualität nicht haben, in das Condominium des andern Socius übergehen. Da, um die Zwecke dieser Societät zu erreichen, regelmäßig der Eigenthumsübergang bei diesen Objecten, auf deren Nutzung allein es meist wird

---

[2]) fr. 1. §. 1.: In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur, fr. 2: Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire. — fr. 58. pr. — — — ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus (nämlich equo meo mortuo).

abgesehen sein, nicht nothwendig erscheint, so wird die Annahme gerechtfertigt sein, daß eine obligatorische Pflicht zur Eigenthumsübertragung nicht besteht, und daraus folgt wieder, daß die Tradition in Grundlage der Societät hier regelmäßig Eigenthum nicht überträgt.[a]) Dies gilt aber nur dann, wenn der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nicht ausdrücklich, resp. nicht anderweitig stillschweigend durch nebenliegende concludente Thatsachen erklärt ist.

Bei der societas unius rei endlich kommt wieder Alles auf den Willen an, und um diesen zu finden, wird es oft bedeutend, den Zweck der Societät zu erforschen. Aus ihm kann die Pflicht zur Eigenthumsübertragung für den Societäts-Vertrag zu folgern sein, und dann wird in dubio durch das Geschehen der Tradition (die Illation) der Eigenthumsübergang vermittelt, und daher stellt denn auch das fr. 58. pr. cit. Alles auf das „id quod actum est." — Das fr. 13. §. 1. praescr. verb. (19, 5.) leugnet nun auch am Schlusse den Eigenthumsübergang pro parte indivisa so wenig als das fr. 58. cit., sondern widerspricht nur der Möglichkeit, daß das Object ganz zu Eigenthum auf den einen socius übertragen werden könne. Richtiger und genauer genommen, leugnet es indeß diesen

[a]) Daß man trotz dieser Gründe für die Fungibilien einer anderen Ansicht folgt, findet seine genügende Erklärung darin, daß eine Reservation des Eigenthums bei ihnen bedeutungslos erscheint, namentlich wenn man bedenkt, daß sie zur Verausgabung resp. zur Commixtio (Zusammenbringung derselben mit den Fungibilien der übrigen socii), wodurch sie ihre Erkennbarkeit verlieren, bestimmt sind. cf. oben Text zu not. 3. §. 11.

Eigenthumsübergang nicht, sondern nur, daß, wenn das Eigenthum nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der Parteien übertragen ward, die causa derselben, d. h. das obligatorische Verhältniß, noch als societas betrachtet werden kann. Dies hatte dann zur Folge, daß dasselbe unter die Regeln des Innominatcontractes fiel, was eben nur für die Nomenclatur bedeutend sein dürfte, höchstens bei der Haftpflicht, ob nur für culpa quam suis oder für omnis culpa, relevant sein könnte, aber auch dort wohl schwerlich relevant ist, vergl. fr. 17. §. 2. eod. — Uns zeigt dieser Fall, daß der Eigenthumsübergang durch die objective causa nicht gehindert wird, daß vielmehr der spätere Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nur etwa den früheren obligatorischen Willen, die causa traditionis, bricht, vergl. fr. 10. de poss. (41, 2.)

§. 16.

2. Locatio conductio.

Diese obligatio ist oft als eine causa betrachtet, die den Eigenthumsübergang hindere; schlechthin und für alle Fälle der locatio conductio läßt sich dies indeß gewiß nicht behaupten. Schon das fr. 39. loc. (19, 2.) sagt: non solet locatio dominium mutare, und deutet damit genügend an, daß die Möglichkeit des Eigenthumsüberganges hier nicht geleugnet werden kann, sowie denn auch das fr. 55. de O. et A. (44, 7.) unter den causae der Eigenthumsübertragung die locatio conductio erwähnt. Betrachten wir die einzelnen Fälle derselben unter Aus-

ſcheidung der locatio conductio operarum näher, ſo wird zunächſt

a) bei der locatio conductio rei namentlich die Möglichkeit des Eigenthumsüberganges beanſtandet. Daß hier, ſoweit natürliche Früchte zur Frage ſtehen, durch Perception, d. h. longa manu traditio, Eigenthum übergeht, ſoll hier nicht urgirt werden. Auch mag es zugegeben werden, daß dort, wo entgeldliche Benutzung einer Sache beabſichtigt ward, regelmäßig ein Eigenthumsübergang hinſichtlich des Hauptobjectes nicht ſtattfindet, weil eine ſolche in dubio über die Zwecke der Parteien hinausgehen würde. Dennoch muß aber unbedenklich geſtattet werden, daß die Parteien bei jenem Zwecke Eigenthumsübertragung auf Rückübertragung vornehmen können, ſo daß für den Geber nur perſönliche Klage bleibt. Freilich wird nach römiſchem Rechte dann das obligatoriſche Verhältniß als locatio conductio negirt werden, bedeutend iſt dies indeß hier nur rechtshiſtoriſch, da das Obligationsverhältniß, ſubſummirt unter die Regeln des Innominatcontracts, im heutigen Rechte allenthalben ebenſo beurtheilt werden muß, als wenn man eine locatio conductio annimmt. Die regelmäßige Leugnung dieſer Obligation ſcheint daraus zu folgen, daß nach fr. 10. de poss. (41, 2.) ſchon der Uebergang des Beſitzes das Fortbeſtehen der locatio conductio hindern und bei der Gewährung des precären Beſitzes nur ein precarium (mit dem darin liegenden Innominatcontracte) angenommen werden ſoll. — Die heutige Rechtstheorie hat ſich von dieſer rechtshiſtoriſchen Nomenclatur indeß ſchon theilweiſe losgeſagt, in den hieher gehörigen Fällen der

ſ. g. locatio conductio irregularis. Als ſolchen bezeichnet man den, wo der Miether entweder Rückgabe der Sache und Zahlung des Pachtſchillings oder Zahlung der Aeſtimation verheißt, und den ſ. g. Eiſern-Viehvertrag, resp. deſſen Analogien. Im erſteren Falle wird römiſch rechtlich bedingter Kauf, im zweiten gleichfalls ein Kauf behauptet werden müſſen, cfr. fr. 3. loc. (19, 2.), obgleich blos ein Kaufcontract hier nicht vorliegt, ſondern Reſtitution von tandundem ejusdem qualitatis et bonitatis beabſichtigt wird, und die erfolgte Aeſtimation nur den Zweck hat, die Qualität der zu leiſtenden Objecte näher anzugeben, was namentlich deshalb nöthig iſt, weil regelmäßig nicht eine Obligation auf Fungibilien, ſondern nur eine obligatio generis vorliegt.

b) Bei der locatio conductio operis iſt noch weniger die Möglichkeit eines Eigenthumsüberganges zu negiren, und hier iſt man auch ſchon im römiſchen Rechte von der Nomenclatur abgegangen, indem man in ſolchen Fällen ſich nicht mehr gezwungen glaubte, das Rechtsverhältniß unter die Regeln des Innominatcontractes zu ſtellen. — So wird beim Bau einer insula, wenn der Verfertiger das Material hergiebt, und ſo in Folge ſeines Willens durch das Verbauen Eigenthum verliert, dennoch das Rechtsverhältniß unter die hier beſprochene obligatio geſtellt, cfr. fr. 22. §. 2. loc. (19, 2.). Namentlich weicht aber das römiſche Recht von ſeiner Nomenclatur in den hieher gehörigen, quellenmäßig anerkannten, Fällen der locatio conductio irregularis ab, wenn auch freilich nur für Fungibilien. Als Hauptfall einer ſolchen wird der betrachtet, wo einem Fabrikanten

Material hingegeben wird, damit er aus anderem, gleich gutem Material das opus verfertige. Man sah sich hier nicht genöthigt, eine solche Beredung unter den Tauschvertrag zu stellen, sowie denn das Verhältniß auch nicht rein nach den Regeln dieses Contracts beurtheilt werden könnte. Man anerkannte den Eigenthumsübergang und behauptete dennoch das Vorhandensein einer locatio conductio, cfr. fr. 34. pr. de auro arg. leg. (34, 2.) und fr. 31. loc. (19. 2.) (so weit diese Stelle von dem argentum postulatum redet). Daß bei einer solchen Beredung unter den Parteien der Inhalt derselben darauf gerichtet sein kann, daß nicht schlechthin aus anderem Material, sondern entweder aus dem gegebenen oder aus anderem gearbeitet werden soll, so daß eine alternative Obligation vorliegt und stattfinden soll, mag zugegeben werden. Dies ist für uns indifferent, und kann aus solchem Momente höchstens nur ein Zweifel darüber erhoben werden, wann der Eigenthumsübergang vor sich gehe. Die citirten Quellenstellen haben diesen Fall einer wirklichen alternativen Obligation wohl nicht vor Augen; da dem Verfertiger die Befugniß, aus dem gegebenen Stoffe zu arbeiten, in dubio wohl nie genommen ist, so scheint die Beredung einer alternativen Obligation nur wenig Bedeutung zu haben, indem nur selten die Absicht der Parteien auf dieselbe wird gerichtet sein. Man wird also den Eigenthumsübergang immer als sofort und unbedingt durch die Tradition beschafft ansehen müssen, wie dies das fr. 34. cit. offensichtlich thut, und wird es daher wohl nicht gebilligt werden können, wenn Mommsen „Ueber die Unmöglichkeit der Leistung" Seite

284 und 285 aus dem fr. 31. cit. zu interpretiren ſucht, daß den Verfertiger das periculum nicht ſofort mit der Tradition treffe. — Intereſſanter und bedeutender für unſere Unterſuchung iſt der anderweitige, in der zuletzt genannten Quellenſtelle enthaltene, Fall einer locatio conductio irregularis. Nach ihr kann bei Befrachtung eines Schiffes der Führer deſſelben, der die Fortſchaffung von Korn verheißen hat, Eigenthümer des Kornes werden. Er wird es nicht, wenn der Waizen eines Jeden der mehreren Befrachter getrennt gelagert wird, indem dann die Befrachter ihr Eigenthum behalten und zur Vindication berechtigt erſcheinen. Hier liegt die regelmäßige locatio conductio vor. Anders aber iſt es, wenn die verſchiedenen Befrachter, ſtatt ihr Korn getrennt zu lagern, ſolches zuſammenſchütten. Dann wird, da ein condominium nicht beabſichtigt iſt (und da hierauf das „e communi“ im Eingang der Stelle gewiß nicht deutet), der Schiffer Eigenthümer, wie die Quellenſtelle ſagt, die Befrachter verlieren ihre Vindication, und Jener reſtituirt demnächſt aus dem eingenommenen Waizen. Weil das genus überſehbar (begrenzt) iſt, trifft den Schiffer das periculum nicht, denn der Umſtand, daß er Eigenthümer war, iſt hiefür nicht entſcheidend. Somit wird denn nach dieſer Quellenſtelle der Eigenthumsübergang gar nicht nach der causa bemeſſen, ſondern ohne Rückſicht auf die causa derſelbe bald negirt, bald behauptet, jenachdem die Tradition, unbekümmert um das Eigenthum (beim Zuſammenſchütten), oder unter Reſervation deſſelben (beim getrennten Lagern) geſchah. Erfolgte ein Zuſammenſchütten, ſo ſteht es, da jeder

Einzelne in dubio wohl nicht die Absicht hat, mit den ihm regelmäßig unbekannten Mitbefrachtern in ein condominium zu treten, und da also auch aus dieser Rücksicht eine Reservation des Eigenthumes (insofern man dies so nennen kann) nicht zu behaupten ist, fest, daß die Befrachter creditirt haben (in creditum iri); im Eigenthum an der Waare konnten sie dann ihre Sicherheit nicht mehr finden wollen.

Durch diese Ausführung dürfte genügend nachgewiesen sein, daß die locatio conductio den Eigenthumsübergang nicht hindert, und daß in den wenigen Fällen, wo dies behauptet ist, lediglich unter Gestattung des Eigenthumsüberganges das obligatorische Verhältniß (die causa) von den römischen Juristen wegen der herkömmlichen Nomenclatur unter die Regeln einer andern obligatio gestellt ward.

§. 17.

3. Pignus.

Daß die Zwecke des pignus (sowie der hypotheca) sich durch Eigenthumsübertragung auf Rückübertragung, sowie durch die Beredung demnächstiger Eigenthumsübertragung unter einstweiliger Uebergabe blos des juristischen Besitzes, oder gar nur der Detention, erreichen lassen, unterliegt keinem Bedenken. Auch wird gewiß Jeder zugeben, daß, obgleich das voraufgehende obligatorische Rechtsverhältniß (das wohl als Kauf nach römischem Rechte aufzufassen sein dürfte) oft bedingt sein wird, dennoch der Eigenthumsübergang unbedingt geschehen kann. Es ist dies ja eben nur der Fall der alten fiducia. Trotzdem also, daß

hier nur der Inhalt des pignus gewollt iſt, geſtattet man, wenn man dies zugiebt, den Eigenthumsübergang ohne Rückſicht auf die causa, und ſtellt nur das obligatoriſche Rechtsverhältniß nicht unter die Regeln des pignus, ſondern unter die des Kaufcontractes, was indeß wieder wohl nur für die Nomenclatur bedeutend ſein dürfte, indem z. B. die Haftpflicht des Käufers auch für das periculum wohl ſchwerlich hier behauptet werden kann.

Wie weit dieſe Art Rechtsgeſchäfte durch das in der L. 3. C. de pact. pign. (8, 35.) enthaltene Verbot der lex commissoria als unzuläſſig betrachtet werden müſſen, iſt hier nicht zu entſcheiden, und mag verwieſen werden auf Seuffert „Erörterung einzelner Lehren des Röm. Pr. Rechts" 2te Abth. S. 98 ff. und den dort angeführten Weber. Eine Nichtigkeit des gewollten Eigenthumsüberganges läßt ſich in der L. 3. C. cit. wohl nicht finden, cfr. §. 21.

Einen höchſt intereſſanten, hieher gehörigen Fall enthält die Sammlung von „Entſcheidungen in Roſtockſchen Rechtsfällen, Erſte Fortſetzung", (1853.) S. 153 bis 164., auch theilweiſe mitgetheilt in Seuffert Archiv Bd. 7. Nr. 282 (und 283). Die l. c. von S. 155 bis 159. reichende Unterſuchung darüber, ob das vorliegende Rechtsgeſchäft ein Kaufcontract, ob es als ſolcher gültig und daher justa causa traditionis ſein könne, ob der Kaufpreis als gezahlt anzuſehen, und ob deshalb der Eigenthumsübergang, als durch die Tradition beſchafft, betrachtet werden könne, war nicht blos unnöthig, ſondern hätte auch leicht zu Irrthümern führen können. Auf alle dieſe Umſtände kam es gar nicht an, die Parteien hatten nach dem Mitgetheilten

schriftlich verhandelt, und in den aufgenommenen Urkunden heißt es allenthalben ausdrücklich, daß die in Frage stehenden Objecte zum **Eigenthum** tradirt sein sollten. Bei dieser ausdrücklichen Erklärung war der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, wohl nicht mehr quaestio facti, es stand lediglich zu untersuchen, ob das Verbot der lex commissoria verletzt war, und die anderweitige Untersuchung, wenn sie nicht blos zur Begrenzung der Einrede der Simulation (was nach dem Mitgetheilten indeß nicht angenommen werden kann) geschah, war zwecklos und konnte leicht verwirren.

§. 18.

4. Depositum.

Auch dies Rechtsverhältniß hindert den Eigenthumsübergang nicht. Es lassen sich seine Zwecke gewiß ebenso, wie die des pignus, durch Eigenthumsübertragung auf Rückübertragung, wobei die Eigenthumsübertragung auch bedingt sein kann, erreichen. Abgesehen von dem Fall, da Fungibilien deponirt sind, wo schon das römische Recht die Annahme eines depositum, nämlich irregulare, gestattet, wird man aber aus historischen Gründen nach römischem Rechte das Vorhandensein des depositum zu leugnen, und dagegen einen Innominatcontract als vorliegend zu behaupten, geneigt sein. Daß dies nur historisch bedeutend ist und namentlich (wie auch natürlich bei der Frage nach dem Tragen der Gefahr) bei der Frage nach der Haftpflicht nicht zu einer anderen Entscheidung führt, zeigt das fr. 17. §. 2. praescr. verb. (19, 5.), da beim Innominat-

contracte in den Fällen, wo nur das Intereſſe des Gebers zur Frage ſteht, der Empfänger nur für dolus und culpa lata haftet. Uebrigens iſt hier auf §. 19. zu verweiſen.

§. 19.

5. Mandatum.

Daß der Mandatar vielleicht zur beſſern Ausführung des Mandats oder aus anderen Gründen Eigenthümer werden kann, und namentlich oft Eigenthümer wird, wenn die Gegenſtände des Mandats Fungibilien ſind, iſt nirgends beſtritten. Es mag hier eine Verweiſung auf die Ausführung des §. 2., und auf Thöl, Handelsrecht Bd. 1. §. 114., in specie not. 4, genügen, nur dürfte es daneben noch intereſſant ſein, den Fall des Paraphernalvermögens näher ins Auge zu faſſen.

Dieſe Betrachtung ſoll ſich anſchließen an das fr. 9. §. 3. de jure dot. (23, 3.). Eine bloße Verweiſung auf dieſe höchſt klare Stelle dürfte, wegen des eingewurzelten Irrthums über die Nothwendigkeit der justa causa beim Eigenthumsvertrage, nicht hinreichen, dagegen aber eine an jene Stelle ſich anſchließende Erläuterung genügen.

Das fr. 9. §. 3. cit.[1]) betrachtet zunächſt den Fall,

---

[1]) Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci *Παραφερνα* dicunt, quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiantur mariti? Et putem, si sic dentur, ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportere, sed condici, nec dotis actione peti, ut divus Marcus et Imperator noster cum patre rescripserunt. Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in

daß, wahrscheinlich nach ausdrücklicher Willenserklärung, der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, feststeht, und lehrt hier, ohne eine Rücksicht und Untersuchung über die causa, daß der Eigenthumsübergang vor sich gehe, und das verlorne Eigenthum nur mit einer persönlichen Klage zurückverlangt werden könne. Sodann wird ein in Rom häufig vorkommender Fall „Verzeichnung der Objecte des Paraphernalvermögens durch die Frau, Unterschrift dieses Verzeichnisses von dem Manne (quasi acceperit) und Illation der bezeichneten Objecte in das Haus des Mannes", referirt, und daran die Frage geknüpft, ob hier das Eigenthum an den Mann übergegangen sei oder nicht. Ulpian verneint nun bei mangelnder ausdrücklicher Erklärung den Eigenthumsübergang und beseitigt zunächst den möglichen Zweifel darüber, ob denn eine traditio vorliege. Diese denkt er nur als den Act der Tradition, bei dem der Character des dadurch gewährten Rechtes unentschieden ist,

---

dotem dat, in libellum solet conferre, eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum ejus uxor retinet, res, quae libello continentur, in domum ejus se intulisse), hae igitur res an mariti fiant? videamus. Et non puto, non quod non ei tradantur (quid enim interest inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit, in domum ejus illatas, ne si quandoque separatio fiat, negetur. Et quia plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint, videmus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum, an depositi, an mandati mulier agere possit? Et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit, si minus agetur rerum amotarum, si animo amovendi maritus eas retineat, aut ad exhibendum, si non amovere eas connisus sit.

und nimmt das Vorhandenſein dieſes Actes an mit den Worten: „quid enim interest inferantur volente eo (marito) in domum ejus, an ei tradantur?“. Dennoch aber, obgleich in der Illation eine traditio zu finden, leugnet er den Eigenthumsübergang, nicht wegen der causa, ſondern weil ſeiner Anſicht nach die Abſicht der Parteien hierauf nicht gerichtet war, mit den höchſt treffenden Worten: „quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit, in domum ejus illatas, ne si quandoque separatio fiat, negetur.“ Die Verzeichnung und die Unterſchrift Seitens des Mannes kann gewiß auch dieſen Sinn, feſtzuſtellen, welche Objecte ins Haus des Mannes inferirt ſind, haben, und daher iſt es nach Ulpian nicht nöthig, bei der Tradition den Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, zu ſubintelligiren. Wie nun bei nicht gewollter Eigenthumsübertragung die causa, das obligatoriſche Rechtsverhältniß, zwiſchen Mann und Frau aufzufaſſen ſei, unterſucht Ulpian erſt, nachdem er die Frage über den Eigenthumsübergang, die alſo nach ihm von der Frage nach der causa ganz unabhängig war, entſchieden, und bezeichnet er daſſelbe, je nach dem Umfang der übernommenen verſchiedenen Pflichten, als Mandat oder Depoſitum, indem er dabei zugiebt, daß gar keine obligatio entſtehen könne, ſo daß ſpäter nur etwa Zuſtands- oder Delicts-Obligationen gedenkbar blieben. — Daß dieſe Auffaſſung wahrſcheinlich nur für den Fall des nicht übertragenen Eigenthums gemeint iſt, mag nach dem Inhalt der Quellenſtelle wegen der erwähnten actio rerum amotarum zugegeben werden. Aber ebenſo unbedenklich wird es Jeder

gestatten, daß auch bei erfolgtem Eigenthumsübergang ein Mandatsverhältniß als unterliegend behauptet werden kann, — die im Eingang der Stelle ausgesprochene Behauptung, daß soluto matrimonio die Rückforderung geschehen könne, wird gewiß Niemand dahin interpretiren, daß sie nicht eher erfolgen dürfe, und daher an ein Mandat nicht gedacht werden könne —, und sollte der Umfang der übernommenen obligatorischen Pflicht nur den Umfang des depositum erreichen, so wird man auch dies Verhältniß nicht hinwegleugnen können. Nur aus Liebe zur Nomenclatur des römischen Rechts wird man vielleicht gesonnen sein, unter Leugnung des depositum einen Innominatcontract mit dem Inhalte des depositum anzunehmen. Für das Tragen der Gefahr und die Haftpflicht wird dieser Streit über den Namen nicht bedeutend sein, sowie es denn ja auch nicht relevirt, daß der Mann nicht nach den reinen Regeln des Obligationenrechts haftet, indem er für culpa quam suis einsteht und regelmäßig die Competenz-Wohlthat genießt, — und daß die Frau ein gesetzliches Pfandrecht hat.

§. 20.

Zusammenfassung der Betrachtungen der s. g. non justae causae traditionis.

Die angeführten wenigen Beispiele rechtfertigen wohl die Behauptung, daß der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, durch den Inhalt gewisser objectiver causae bei in Grundlage ihrer erfolgter traditio nicht gehindert wird. Wo der Inhalt des obligatorischen Vertrages nach der Nomenclatur des römischen Rechtes mit dem Inhalt

des dinglichen Vertrages in Widerſpruch kommt, da durchbrechen die römiſchen Juriſten ihre Nomenclatur, oder leugnen, wenn ſie ſich hiezu nicht für berechtigt halten, das Vorhandenſein eben dieſer obligatio, indem ſie das obligatoriſche Verhältniß unter ein anderes obligatoriſches Rechtsinſtitut, namentlich den ſo vieles umfaſſenden Innominatcontract, ſtellen. Dieſe Leugnung und dieſe angegebene Stellung unter eine andere obligatio iſt aber im heutigen Rechte practiſch nicht bedeutend; es gehört dies Alles der Rechtsgeſchichte und der damit zuſammenhängenden Nomenclatur an. Schon die römiſchen Juriſten, wenn ſie gleich auch ihrer Nomenclatur mehr als nöthig folgten, erkannten das Unpractiſche derſelben, und ihr practiſch richtiger Tact ließ ſie dort, wo für die verſchiedenen Obligationen verſchiedene Regeln galten, namentlich bei der Frage nach der Haftpflicht, ob blos für dolus (culpa lata) oder auch für culpa levis, oder endlich gar für periculum, ſtets die richtige Entſcheidung finden, cfr. fr. 17. de praescr. verb. (19, 5.) und in specie fr. 4. de R. C. (12, 1.), ſowie fr. 16. de peric. et comm. (18, 6.) und endlich fr. 20. §. 2., fr. 21 und 22. pr. loc. (19, 2.).

Die heutigen Juriſten, gleichfalls in der römiſchen Nomenclatur noch befangen, gehen oft ſo weit, daß ſie die nicht mit der Nomenclatur in Einklang zu bringenden richtigen Entſcheidungen des römiſchen Rechtes wegleugnen oder weginterpretiren. Es mag geſtattet ſein, zur Bewahrheitung dieſer Behauptung und zur Rechtfertigung unſerer Anſicht, daß auf die Nomenclatur weniger Gewicht gelegt werden muß, alſo viel mehr auf den Willen zu ſehen iſt, ein Beiſpiel anzuführen. — Beim Darlehn betrachtet man

die Beredung, ein Darlehn zu geben und zu nehmen, das Zinsverſprechen und den eigentlichen Darlehnsvertrag als drei vollſtändig getrennte Obligationen. Nur dem an römiſche Anſchauungsweiſe gewöhnten Betrachter kann dies natürlich erſcheinen, jeder Andere wird es für einfacher halten, dieſe drei Theile als eine obligatio aufzufaſſen, ſelbſt auf die Gefahr hin, daß dann das Darlehn nicht mehr zu den Real-Contracten gehört. Sieht man ſich nach einer Analogie im römiſchen Rechte um, ſo findet man ſie leicht in der locatio conductio, namentlich der irregularis des fr. 31. loc. (19, 2.) und fr. 34. pr. de auro arg. leg. (34, 2.), wenn man den hier vorausgeſetzten Fall des verzinslichen Darlehns denkt. Das verzinsliche Darlehn iſt am Ende ja auch doch wohl nichts weiter, als der Miethcontract in Betreff der Fungibilien, nur daß, was indeß nicht in der Nomenclatur, ſondern in dem Willen liegt, die Reſtitution nicht in specie, ſondern in genere erfolgen ſoll, und iſt auch der Umſtand, ob das genus unüberſehbar oder überſehbar iſt, für die Nomenclatur bedeutungslos. Möge man Darlehn oder locatio conductio irregularis annehmen, ſtets gilt im letzteren Fall der Satz: „genus perire censetur“, und wird ſomit in beiden Fällen durch Untergang des genus der Empfänger von Rücklieferung befreit. Die verſchiedene Auffaſſung beider Rechtsverhältniſſe hatte aber in dem Obligationenrechte keine Bedeutung, und dies veranlaßte die römiſchen Juriſten, bei ihrer Nomenclatur in Betreff des Darlehns zu bleiben. Bedeutung fand dieſe Auffaſſung aber in der Lehre des Pfandrechts bei der Frage nach dem Beginn deſſelben, und hier datiren denn auch ſchon die römiſchen Juriſten, unbekümmert

wenn es dort heißt, daß auch das „interdicente lege subsecutum — — cassum atque inutile“ ſein ſoll, ſo enthält dies Geſetz, welches wohl nicht auf die hier zur Frage ſtehenden Fälle zu beziehen iſt, da der Geſetzgeber an dieſe nach §. 1. deſſelben wohl ſchwerlich dachte, und ſonſt die condictio ob turpem vel injustam causam wegfallen müßte, mindeſtens immer nur eine Interpretations-Regel, die vorausſetzt, daß ein Zweifel über den Inhalt des Geſetzes exiſtiren kann; wo ein ſolcher nicht vorliegt, kann ſelbſtverſtändlich von der Anwendung derſelben keine Rede ſein. Die oben §. 5. Nr. 4. citirten Beiſpiele geſetzlicher Verwerfung einer obligatio laſſen einen Zweifel der Art nicht aufkommen, denn quellenmäßig ſteht es feſt, daß bei ihnen nur die obligatio, nicht der Eigenthumsvertrag negirt wird.

Als Fälle entgegengeſetzter Art laſſen ſich aus dem römiſchen Rechte namentlich anführen die Schenkung zwiſchen Ehegatten und ultra modum, ſowie die neueren Beſtimmungen für die Interceſſionen der Frauen. — Was die Schenkungsfälle anlangt, ſo kann verwieſen werden auf v. Savigny Syſtem Bd. 4. §. 163. init. und §. 166. S. 211 und 216., resp. §. 167. S. 218 ff. Den dortigen

---

fuerint facta non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. §. 1. Secundum itaque praedictam regulam, qua ubicunque non servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem hujus modi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti.

Ausführungen wird beizustimmen sein, nur möchte es bei der Schenkung ultra modum bedenklich erscheinen, mit v. Savigny, wo durch Abschluß einer obligatio geschenkt ward, und sodann auf diese solutio erfolgte, Anfechtung erst dann zu gestatten, wenn der Werth des Gegebenen mehr als das doppelte gesetzliche Maaß beträgt. v. Savigny's Argumentation, daß so entschieden werden müsse, weil in der solutio eine zweite Schenkung liege, möchte wegen der L. 5. C. cit., wenn man sie hier anwenden darf, und ohne Rücksicht auf dieselbe, wegen der sonstigen gesetzlichen Bestimmungen über diese Fälle, dann nicht zu billigen sein, wenn die Schenkung nicht wiederholt ward, also der Schenker bei der solutio nicht den Willen hatte, wiederholt zu schenken. Denn ist dies der Fall, so wird allerdings seine Ansicht durch L. 34. §. 3. C. de don. (8, 54.) gerechtfertigt. — Für die Interceſſionen der Frauen, und namentlich der Ehefrauen, kann man die Nichtigkeit des dinglichen Vertrages erst aus der L. 23. C. ad S. C. Vellej. (4, 24.) und der Nov. 134. Cap. 8. entnehmen. Nach dem Rechte des S. C. Vellej. war nur eine Anfechtung durch exceptio gestattet, und daher eine Nichtigkeit des Eigenthumsvertrages mit dieser causa ebensowenig, wie für eine obligatio dieses Inhalts zu behaupten. Das anscheinend entgegenstehende fr. 32. §. 2. h. t. (16, 1.)[2]) ist wohl rechtsgeschichtlich zu erklären aus dem

[2]) Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere, „aut si ea venditio contra senatusconsultum facta sit.“ — Idem est, et si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.

Formular-Proceſſe, indem auf dem Wege der Fiction in der Klagformel die Sache ſo ausgedrückt ward, als wenn das Eigenthum noch nicht verloren ſei, cfr. Keller, Röm. Civil-Pr. §. 32. not. 356. und §. 37. not. 418. und Text dazu.

Daß auch noch ſonſt Nichtigkeit des Eigenthumsvertrages in Grundlage der causa geſetzlich vorgeſchrieben ſei, dürfte nicht anzunehmen ſein, jedoch iſt es möglich, wie ſchon vorher geſagt, daß die eine oder die andere geſetzliche Beſtimmung hier überſehen ward. Zahlreich werden dieſelben wenigſtens nicht ſein. Die Fälle der geſetzlichen Veräußerungsverbote kann man wohl unmöglich hierher ziehen, da hier die Nichtigkeit durch die mangelnde Dispoſitionsbefugniß, nicht durch die causa herbeigeführt wird, und daß die von einem filius familias geſchehene solutio auf ein den Beſtimmungen des S. C. Macedonianum unterworfenes Gelddarlehn nicht wegen der causa für nichtig zu erklären iſt, dürfte mit Puchta, Pdtn. §. 306. not. z. und Vorleſungen dazu, anzunehmen ſein, namentlich ſchon deshalb, weil das S. C. Macedonianum nicht Nichtigkeit vorſchrieb, ſondern nur eine exceptio gewährte. Daß die solutio (traditio) des Hauskindes aus anderen Gründen, namentlich wegen mangelnder Dispoſitionsbefugniß über die eigenen, resp. über fremde (des Vaters) Objecte nichtig ſein kann, gehört nicht hieher. — Die L. 3. C. de pact. pign. (8, 35.) enthält gleichfalls für die der Lex Commissoria beim Pfandvertrage zuwiderlaufenden dinglichen Rechtsgeſchäfte wohl keine Nichtigkeitsbeſtimmung, da die L. 5. C. de leg. auf dingliche Verträge nicht zu beziehen iſt, wohl aber für die causa (obligatio), wie dies auch

allgemein ſcheint angenommen zu werden, cfr. namentlich v. Vangerow, Pandt. Bd. III. §. 628. A. 1. —

Die ſonach anzuerkennenden wenigen Fälle der Nichtigkeit des Eigenthumsvertrages in Folge geſetzlicher Beſtimmung wegen Reprobation der causa gehören nun aber ſyſtematiſch nicht in die Lehre vom Eigenthumsvertrage, weil ſich die geſetzliche Beſtimmung auf dieſen Vertrag nicht beſchränkt, und rechtfertigen daher auch nicht die Aufſtellung der Behauptung, daß justa causa Requiſit des Eigenthumsvertrages ſei.

§. 22.

Reſultate.

Der Ausdruck traditio bedeutet in den Rechtsquellen jede Sachleiſtung, nach älterem römiſchen Rechte freilich mit Ausſchluß der Leiſtung quiritiſcher dinglicher Rechte, bezeichnet alſo ſowohl das Gewähren der Detention, als auch des Beſitzes, und endlich des Eigenthums. Der deutſche Ausdruck Tradition hat dieſelbe umfaſſende Bedeutung. Man hat indeß den Eigenthumsvertrag, weil er der eigenthümlichen Form der Verkörperung des Willens durch das Uebergeben oder Haben der Sache verlangt, oft prägnant mit jenen Ausdrücken bezeichnet, da ihn dies von anderen Verträgen unterſchied.

Durch den Act der Tradition erhält der Erwerber im Zweifelsfall den juriſtiſchen Beſitz. Dieſer Act allein genommen enthält keinen Ausdruck für den Willen, blos Detention, oder auch Eigenthum zu geben.

Damit also durch eine Tradition Eigenthum übergehe, ist der hierauf gerichtete Wille und dessen Erklärung nothwendig. Die letztere kann sein eine ausdrückliche oder stillschweigende durch concludente Thatsachen, unter welchen sich die s. g. justa causa auszeichnet. Aus dem bei der Tradition unterliegenden Zwecke, der wieder regelmäßig aus der voraufgehenden causa zu erforschen ist, wird man nämlich erkennen können, ob das Eigenthum hat übertragen werden sollen, und wird daher der hierauf gerichtete Wille als genügend erklärt angesehen werden müssen, wenn die Tradition in Grundlage einer zur Eigenthumsübertragung verpflichtenden obligatio, oder ohne eine solche zu einem Zwecke geschah, dessen Realisirung man regelmäßig durch die Eigenthumsübertragung zu erreichen sucht.

Eine anderweitige Bedeutung hat die beim Eigenthumsvertrage in den Quellen oft erwähnte justa causa, selbst negativ gedacht, nicht, auch, abgesehen von einigen hieher nicht gehörigen Prohibitiv-Gesetzen, nicht einmal dahin, daß gewisse causae (Obligationen) durch ihren Inhalt den späteren Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, hinderten.

Druck von A. Edelmann in Leipzig.

Inhalts-Verzeichniß.

Vorwort S. 3.

§. 1: **Bedeutung des Wortes traditio — Tradition** S. 4—9.
Traditio bezeichnet jede Sachleistung (Detention, juriſt. Beſitz, Eigenthum); im älteren Rechte mit Ausſchluß des quiritiſchen Eigenthums. — Den Ausdruck Tradition auf den Eigenthumsvertrag zu beſchränken, liegt kein Grund vor.

§. 2: **Regelmäßige Wirkung des Actes der Tradition** S. 9—18.
Die Tradition gewährt in dubio nicht das Eigenthum, auch nicht die Detention, ſondern den jur. Beſitz nach den Quellen und der Natur der Sache.

§. 3: **Angabe der verſchiedenen Standpunkte** S. 18—23.
Nach der jetzt herrſchenden Anſicht iſt justa causa Requiſit des Eigenthumsvertrages, während ſie nur eine für Erſchließung des Eigenthumswillens concludente Thatſache bildet, indem man aus dem Grunde (causa) auf den Zweck (Willen) ſchließt.

§. 4: **Dispoſition für die folgende Unterſuchung** S. 23—25.

I. **Quellenmäßige Begründung** S. 25—125.

§. 5: A. **Im Allgemeinen** S. 25—47.
Bei ausdrücklicher Erklärung wird die causa nicht erwähnt, und in manchen Quellenſtellen ebenſowenig bei Angabe der Requiſite des Eigenthumsvertrages; wo ihrer Erwähnung geſchieht, kann der Ausdruck traditio die allgemeine Bedeutung haben. — Bei der Uſucapion hat die Erwähnung der causa auch nur Bedeutung, um aus ihr den unausgeſprochenen Willen zu erforſchen. — Die Condictionenlehre verträgt ſich nur mit der dieſſeitigen Anſicht (1) cond. indebiti, namentlich beim wiſſentlichen Empfang eines indebitum, — 2) cond. c. d. c. n. s., namentlich wenn die causa durch die Willkür des Empfängers zuſammenfällt, — 3) cond. ob turpem vel injustam causam, — 4) cond. sine causa). — Die causa iſt bedeutungslos, wo der Wille ausdrücklich erklärt iſt, fr. 14 de Publ. in rem act.
Vergleichung der Ceſſion mit der Tradition.

§. 6: B. **Einzelne bisher als justae betrachtete causae** S.47—48.

§. 7: 1) **Darlehn** S. 48—52.
Das Eigenthum kann wenigstens zeitweilig vorbehalten werden, fr. 4 pr. de R. C.

§. 8: 2) **Innominat-Contracte — Trödelvertrag** S. 52—59.
Nach Verschiedenheit des Willens ist das durch die Tradition erworbene Recht verschieden. — Der Trödler wird in dubio Eigenthümer und zwar unbedingter, da der frühere Eigenthümer seine Sicherheit in dem Trödler und nicht in der Sache sucht, also unbekümmert um das Eigenthum tradirt.

§. 9: 3) **Dos — besonders ante nuptias** S. 60—77.
Auch bei der Dosbestellung nach eingegangener Ehe kann das Eigenthum reservirt werden. Erfolgt sie ante nuptias, so wird in dubio Eigenthum erworben, bei Reservation desselben nur der jurist. Besitz (nicht bedingtes Eigenthum), oder möglicherweise gar nur die Detention; fr. 9 §. 1 d. jur. dot. (Glosse — Cujaz — Sell — v. Savigny).

§. 10: 4) **Schenkung — namentlich mortis causa** S. 77—82.
Hier gilt das für die dos Gesagte, bei der mortis c. don. scheint aber im Fall der Nichtreservation des Eigenthums nach fr. 29 h. t. nur bedingte Eigenthumsübertragung behauptet werden zu können.

§. 11: 5) **Kauf — namentlich pretio non soluto** S. 82—125.
Bei Zahlung des Preises gewährt die Tradition regelmäßig, jedoch nicht nothwendig, das Eigenthum. Ebenso auch ohne Zahlung bei materieller Satisfaction oder Gewährung von fides, — (Bedeutung dieses Ausdruckes) — jedoch nicht nach positiver Gesetzesvorschrift, sondern weil dann vorliegt, daß die Tradition unbekümmert um das Eigenthum geschah. Der Käufer kann hier werden

1) Eigenthümer, und zwar unbedingt oder bedingt (dies ist nicht der Fall des reservirten Eigenthums, weil dieser sonst mit der lex commissoria zusammenfallen würde) (Berechtigungen im letzteren Falle);

2) aber auch bloß

a) jur. Besitzer — (precaria possessio) — oder

b) Detentor — (loc. cond. — Commendat),

und wird er als jur. Besitzer auch zu den publicianischen Rechtsmitteln berechtigt.

In dubio wird der Käufer pretio non soluto jur. Besitzer, und nur dies, hierauf weiset auch der Ausdruck Reservation des Eigenthums, nur wenn neben dieser Beredung ausdrücklich die Eigenthumsübertragung beredet ist, kann bedingte Eigenthumsübertragung, oder unbedingte mit Hypothek, behauptet werden. — Die Auflösung des Kaufcontractes geschieht nach den Regeln eines Pönalvertrages, in dubio durch das Erkenntniß auf die erhobene Klage des Verkäufers.

Auch bei der dos ante nuptias venditionis causa aestimata wird der Erwerber jur. Besitzer und nur dies. Vergleichung der Cession mit der Tradition.

§. 12: **Schluß der quellenmäßigen Begründung** S. 125.

§. 13: II. **Vertheidigung der diesseitigen Ansicht gegen Anfechtung** S. 125—126.

§. 14: A. **Causae, die wegen ihres Inhalts bedeutend sein könnten** S. 126—127.

§. 15: 1) **Societas** S. 127—130.
Ob durch sie condominium entsteht, ist quaestio facti, soll der andere Theilnehmer alleiniger dominus werden, so stellen die Römer die obl. unter den Innominal-Contract, dies ist aber nur für die Nomenclatur bedeutend.

§. 16: 2) **Locatio conductio** S. 130—135.
Auch sie hindert den Eigenthumsübergang nicht, namentlich kennen auch schon die Römer Fälle der Art (loc. cond. irregularis).

§. 17: 3) **Pignus** S. 135—137.
Die Zwecke desselben (der hypotheca) lassen sich durch Eigenthumsübertragung mit beredeter Rückübertragung erreichen.

§. 18: 4) **Depositum** S. 137—138.
Es gilt hier dasselbe.

§. 19: 5) **Mandatum** S. 138—141.
Die Möglichkeit des Eigenthumsüberganges läßt sich hier gewiß nicht leugnen; fr. 9 §. 3 de jure dol.

§. 20: **Zusammenfassung der Betrachtungen der s. g. non justae causae** S. 141—144.

§. 21: B. **Prohibitiv-Gesetze, die wegen einer causa Nichtigkeit, auch des Eigenthumsvertrages, feststellen.** S. 144—149.
Es giebt Fälle, wo nach positiver Rechtsvorschrift der Eigenthumsvertrag wegen der causa negirt werden muß, diese gehören aber nicht hierher, da ihre Wirkung nicht auf diesen Vertrag beschränkt ist (Schenkung ultra modum und inter virum et uxorem — Intercessionen der Frauen).

§. 22: **Resultate** S. 149—150.

Quellen-Register.

Die Zahlen weisen die Seiten nach, die eingeklammerten Zahlen die Noten.

I. Vorjuſtinianiſche Rechtsquellen.

Gaji Institutiones.
Lib. 2. §. 20. — 18, 27, 28.
Ulpiani Fragmenta.
Tit. XIX. § 7. — 18, 27.
Fragmenta Vaticana.
§. 111. — 118, 119.
Paulus. Rec. Sent.
Lib. 5. Tit. XI. §. 2. — 11.

II. Juſtinianiſche Rechtsquellen.

A. Inſtitutionen.

Lib. 4. tit. 1. §. 40. — 18,26,27,28;
§. 41. — 84,85,86.104.

B. Pandecten.

Lib. 2. tit. 14. fr. 4. §. 2. — 64.
Lib. 3. tit. 3. fr. 42. §. 2. — 46.
Lib. 4. tit. 3. fr. 23. — 33. 89.
Lib. 6. tit. 1. fr. 41. — 96.
fr. 66. — 96.
fr. 77. — 11.
Lib. 6. tit. 2. fr. 8 — 102,107,111.
fr. 14. — 41, 42, 43, 57, 83, 103, 111.
Lib. 12. tib. 1. fr. 4. pr. — 48ff., 142.
fr. 9. §. 6 — 38.
fr. 10. — 48.
fr. 11. pr. — 52.
fr. 18. — 39.
Lib. 12. tit. 1. fr. 30. — 144 (1).
fr. 32. — 40 (1).
fr. 41. pr. — 43 (1).
Lib. 12. tit. 4. fr. 6. — 65.
fr. 7. — 65.
fr. 8. — 65, 98.
fr. 9. — 65.
fr. 10. — 64.
Lib. 13. tit. 7. fr. 9. §. 3. — 89.
Lib. 14. tit. 1. fr. 1. §. 9 — 13.
tit. 2. fr. 5. §. 15 — 58.
tit. 4. fr. 5. §. 18 — 107, 111, 113.
Lib. 16. tit. 1. fr. 32. §. 2. — 147.
Lib. 17. tit. 2. fr. 1. §. 1 fr. 2. — 128.
fr. 58. pr. — 128.
Lib. 18. tit. 1. fr. 19 — 84, 104.
fr. 53. — 84.
fr. 55. — 18, 27, 28.
tit. 3. fr. 1. — 95.
tit. 6. fr. 16. — 51, 100, 101, 111, 142.
Lib. 19. tit. 1. fr. 11. §. 1 und 2. — 83, 104.
fr. 13. §. 21. — 99.
tit. 2. fr. 3. — 132.
fr. 20. §. 2. fr. 21. — 101, 142.
fr. 22. pr. — 101, 111, 114, 142.
fr. 22. §. 2. — 132.
fr. 31. — 89, 133, 134. 143.
tit. 5. fr. 1. §. 2 — 53.
fr. 10. — 53.

Lib. 19. tit. 3. fr. 13. §. 1. — 127.
fr. 17. §. 2 und 4. — 53, 130, 137, 142.
fr. 20. pr. §. 1. — 53.
Lib. 20. tit. 1. fr. 31. — 114.
tit. 3. fr. 4. — 144 (1).
Lib. 20. tit. 4. fr. 11. pr. — 144 (1).
fr. 15. — 115 (16).
Lib. 21. tit. 3. fr. 1. §. 2. — 41, 58, 87(2), 102, 107, 112.
Lib. 22. tit. 3. fr. 25. pr. — 34.
Lib. 23. tit. 3. fr. 5. §. 12. — 16.
fr. 7. §. 3. — 66 ff., 98.
fr. 8. — 75 ff.
fr. 9. pr. §. 1. — 66 ff.
fr. 9. §. 3. — 74 (1), 123, 138 ff.
fr. 10. §. 4 u. 5 — 118.
fr. 17. §. 1. — 118.
fr. 21. — 64.
fr. 59. §. 2. — 38.
fr. 80. (83) — 64.
Lib. 24. tit. 1. fr. 3. §. 12. — 43.
tit. 3. fr. 49. pr. — 122.
Lib. 34. tit. 2. fr. 34. pr. — 33, 148.
Lib. 39. tit. 5. fr. 2. §. 5. — 78.
fr. 2. §. 6. — 74.
fr. 13. — 15.
tit. 6. fr. 2. — 82.
fr. 13. — 80 (2).
fr. 19. — 80, 81.
fr. 29 — 80(2), 81, 82.
fr. 30. — 81.
fr. 35. §. 3. — 80.
fr. 37. §. 1. — 80.
fr. 39. — 80.
Lib. 41. tit. 1. fr. 9. §. 3. — 26.
fr. 13. — 14.
fr. 20. §. 2. — 14.
fr. 31. pr. — 7, 10, 18, 22, 27, 28.
fr. 36. — 39.
fr. 37. §. 3. — §. 6. — 14.
Lib. 41. tit. 1. fr. 59. — 15.
tit. 2. fr. 1. §. 7. u. 20. — 16.
fr. 10. — 130, 131.
fr. 34. §. 2. — 16.
fr. 38. §. 1. — 62.
fr. 42. §. 1. — 43.
tit. 4. fr. 2. pr. — 31.
tit. 9. fr. 1. §. 2. — 66, 68, 75 ff., 119.
fr. 2. — 118.
Lib. 43. tit. 26. fr. 2. §. 2. — 53.
fr. 19. §. 2. — 53.
fr. 20. — 99, 113.
Lib. 44. tit. 7. fr. 55. — 26.
Lib. 46. tit. 3. fr. 16. — 80 (2).
fr. 18. — 43 (1).
fr. 26. — 94 (4).
fr. 58. pr. — 43 (1).
Lib. 47. tit. 2. fr. 44. u. 52. §. 11. — 43. (1).

C. Codex.

Lib. 1. tit. 14. L. 5. — 145, 148.
Lib. 2. tit. 3. L. 20. — 7.
Lib. 3. tit. 32. L. 24. — 18, 27, 28.
Lib. 4. tit. 6. L. 1. — 65.
L. 3. — 112.
tit. 10. L. 2. — 122.
L. 8. — 74.
tit. 24. L. 23. — 147.
tit. 50. L. 6. — 38.
tit. 54. L. 3. — 94, 99, 100, 116.
L. 4. — 100.
Lib. 5. tit. 11. L. 6. — 73, 74.
L. 7. — 16, 17.
tit. 12. L. 31. — 71, 72.
tit. 14. L. 11. — 121, 123.
Lib. 8. tit. 35. L. 3. — 136, 148.
tit. 54. L. 1. — 79.
L. 34. §. 3. — 147.

D. Novellen.

Nov. 134. Cap. 8. — 147.

Verbesserungen.

S. 8 Z. 9 v. o. hinter „gehabt" ist einzuschalten „daß man die Quellenstellen oft falsch interpretirt, und"
„ 8 Z. 3 u. 4 v. u. l. Vertragswille, st. Vertagswille.
„ 16 not. 1 Z. 3 v. u. l. Celsus st. Celius.
„ 19 Z. 5 v. u. l. Arndts st. Arndt.
„ 20 Z. 6 v. o. l. Arndts st. Arndt.
„ 31 Z. 2 v. u. l. §. 3 not. 1 st. § 3 not. 9.
„ 39 Z. 7 v. u. hinter „hielten" fehlt ein Comma.
„ 40 not. 1 Z. 4 v. u. l. not. g st. not. 9.
„ 43 not. 1 Z. 3 v. o. l. (47,2) st. (42,2).
„ 58 Z. 16 v. o. l. Der dominus st. Dem dominus.
„ 60 Z. 13 v. o. l. zu legen st. legen.
„ 65 Z. 9 v. o. l. conditionem st. condictionem.
„ 65 Z. 12 u. 13 v. o. l. not. 2 §. 21 st. not. 63.
„ 88 not. 3 l. not. 3 §. 15 st. not. 23 §. 15.
„ 91 Z. 10 v. u. l. nach st. noch.
„ 98 Z. 14 v. u. l. entnommene st. entnommen.
„ 99 Z. 2 v. o. l. (43,26) st. (42,26).
„ 103 Z. 9 v. u. l. doch für den Empfänger auch st. doch auch.
„ 107 Z. 10 v. o. l. von suspensiv bedingtem Eigenthume st. an suspensiv bedingtes Eigenthum.
„ 118 Z. 15 v. o. l. dem st. für den.